Justiz und Verwaltung

Beiträge zur Auslegung der §§ 13 GVG. und 4 EGGVG.; nebst einer Einleitung über das System der Vorbehalte im Gerichtsverfassungsgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen rechts- und staatwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Hans Christian Mathuse

Referendar in Neuwarp in Pommern

Buchdruckerei E. Holterdorf, Oelde i. Westf.

1934

Justiz und Verwaltung

Beiträge zur Auslegung der §§ 13 GVG. und 4 EGGVG.; nebst einer Einleitung über das System der Vorbehalte im Gerichtsverfassungsgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen rechts- und staatwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Hans Christian Mathuse

Referendar in Neuwarp in Pommern

Buchdruckerei E. Holterdorf, Oelde i. Westf.

1934

Referent: Professor Dr. Kern
Korreferent: Geheimrat Professor Dr. Merkel
Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen keine Stellung".

Meiner Mutter!

Verzeichnis der benutzten Literatur und der Abkürzungen

Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. 1922.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. 1928.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. I. Bd. 1886.

Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. II. Teil. 1883.

Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht. 5. Aufl. 1876.

Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902.

Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.

Droop: Der Rechtsweg in Preußen. Berlin 1899.

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Engelmann: Der deutsche Zivilprozeß. 1901.

Ders.: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. 1909.

Fischer: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. 1918.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928.

Friedrichs: Zulässigkeit des Rechtswegs. JurR. 1927, S. 494.

Gareis: Allgemeines Staatsrecht. 1883.

v. Gerber: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. 1880.

Gerland: Das deutsche Strafprozeßrecht. 1927.

Geyer: Geschichte und System der Rechtsphilosophie. 1863.

Gierke: Deutsches Privatrecht. I. Bd. 1895.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses. 2 Bde. 1883—1885.

Glaessing: Die öffentlich-rechtliche Natur des Vormundschaftsrechts. ArchöffR. 16 (1901) S. 161ff., 425ff.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. 1932.

Gumplowicz: Philosophisches Staatsrecht. 1877.

Gysin: Oeffentliches Recht und Privatrecht. ZöffR. 1 (1914) S. 63ff.

Haenel: Deutsches Staatsrecht. I. Bd. 1892.

Hahn: Die gesamten Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz. 2. Aufl. 1883.

Halbey: Ueber Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts. VerwA. 4 (1896) S. 129ff.

v. Haller: Oeffentliches Recht. Eine Zusammenstellung von Begriffsbestimmungen. WüRV. 1929 (22) S. 81ff.

Hartmann: Zum § 13 GVG. ArchcivPrax. 109 (1912) S. 144ff.

Ders.: Nochmals der § 13 GVG. ArchcivPrax. 113 (1915) S. 145ff.

Hartmann: Zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 GVG. ArchcivPrax. 121 (1923) S. 297ff.

Hatschek: Lehrbuch des preußischen und deutschen Verwaltungsrechts. 5. und 6. Aufl. 1927.

Hauser: Die deutsche Gerichtsverfassung. SA. aus der „Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht" 1879.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1886.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1903.

Ders.: System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. 1912.

Herrmann: Oeffentliches Recht und Zuständigkeit. 1927.

Ders.: Der Kampf um das öffentliche Recht. ZöffR. 1929 (VIII) S. 325ff.

Ders.: Vom Wesen des öffentlichen Rechts. 1931.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.

Hofacker: Staatsverwaltung und Strafrechtsreform. 1919.

Ders.: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. ArchcivPrax. 118 (1920) S. 281ff.

Ders.: Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag im Feuerlöschwesen. PrVerwBl. 43 (1920) S. 40f.

Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Zürcher Diss. 1904.

Hoormann: Artikel „Freiwillige Gerichtsbarkeit" in HdR. II S. 514ff.

Hüppner: Der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" im Sinne des § 13 GVG. ArchcivPrax. 69, S. 434.

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927.

Jedlicka: Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Zürcher Diss. 1928.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 3. Aufl. 1905. S. 54ff.

Ders.: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1914, 1919.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.

Josef: Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich und in Preußen. Berlin 1902.

Jung: Ueber die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht. ZRPhil. 2 (1919) S. 293ff.

Kern: Der gesetzliche Richter. Berlin 1927.

Ders.: Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiete der Rechtspflege. § 31 des Handbuchs des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, 1930.

Kelsen: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft. ArchöffR. 31 (1913) S. 53ff, 190ff.

Ders.: Allgemeine Staatslehre. 1925.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1925.

Kormann: Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Jahrb. öffR. 7 (1913) 1ff.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

Krückmann: Zusammenstoß von Reichs- und Landesrecht und die Zulässigkeit des Rechtswegs. LZ. 1925, 1114.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. 1. Teil. 1898.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 5. Aufl. 3. Band. 1913.

Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht. 1921.

Layer: Prinzipien des Enteignungsrechts. 1902.

Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit. 2. Aufl. 1928.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

Mayer, K.: Das Verhältnis des öffentlichen Rechts der Länder zum Reichsprivatrecht. WürttZ. 63 (1921) S. 1ff.

Mayer, Otto: Justiz und Verwaltung. Straßburger Rektoratsrede. 1902.

Ders.: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.

Merk: Bespr. von Walz, Vom Wesen des öff. Rechts. ZöffR., 1929, (VIII), S. 301ff.

Merkel: Juristische Enzyklopädie. 7. Aufl. 1922.

Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.

Menger: System des österreichischen Zivilprozeßrechts. I. 1876.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. 1919.

Nawiasky: Forderungs- und Gewaltverhältnis. In Festgabe für Zitelmann. 1913.

Nebinger: Versuche einer Abgrenzung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. WüRV. 18 (1925) S. 131ff.

Neuner: Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1866.

Nußbaum: Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. 2. Aufl. 1922.

Oertmann: Grundriß des Zivilprozeßrechts. 2. und 3. Aufl. 1927.

Oppenhoff: Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen. 2. Aufl. 1904.

Pfaff-Hofmann: Kommentar zum Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 1877.

Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1892.

Prazak: Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. ArchöffR. 4 (1889) S. 241ff.

Richter: Das subjektive öffentliche Recht. ArchöffR. NF. 8 (1925) S. 1ff.

Roesler: Das soziale Verwaltungsrecht. I. Abt. 1872.

v. Rönne: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1. Bd. 1876. 2. Bd. 1877.

Rosenfeld, E. H.: Der Reichsstrafprozeß. 4. und 5. Aufl. 1912.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.

Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. 1880.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 1. Bd. 1840.

Schätzel: Der bürgerliche Rechtsstreit. In Festschrift für Pappenheim. 1931.

Schelcher: Justiz und Verwaltung. 1919.

Ders.: Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 GVG. VerwArch. 28 (1921) S. 337ff.

Schenk, Freiherr von: Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts. OeZöffR. 1 (1914) S. 63ff.

Schmid, O.: Abgrenzung von Justiz und Verwaltung. WürttZ. 71 (1929) 273ff.

Schmidt, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. 1928.

Schmitt: Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege im konstitutionell-monarchischen Staat. 1878.

Schulze-Gaevernitz: Das preußische Staatsrecht. II. Bd. 2. Aufl. 1890.

Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.

Somlo: Juristische Grundlehre. 1917.

Schlegelberger: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Einführungskommentar. Berlin 1928.

Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. 1912.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1926.

Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeß- und Konkursrechts. 3. Aufl. 1928.

Stengel, Frhr. von: Lehrbuch des deutschen Verwaltungs-Rechts. 1886.

Stier-Somlo: Die Einwirkungen des Bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht.

Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. 1901.

Ders.: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt. In WStVR. 3. Bd. 1914.

Sydow: Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Kompetenzkonflikte in Preußen. 1860.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Triepel: Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen. Zur Lehre von den Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Berliner Festgabe für Brunner 1914. S. 523ff.

Ullmann: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.

Vierhaus: Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1885.

Waldecker: Allgemeine Rechtslehre. 1927.

Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts. 1928.

Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1903.

Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. ArchöffR. 23 S. 529ff.

Ders.: Ueber zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Rechtslehre. GrünhutsZ. 40 (1914) S. 183ff.

Winter: Der wahre Staat in der Soziologie des Rechts. ZöffR. 11 (1931) S. 161ff.

Gliederung

Seite

Einleitung: Das System der Vorbehalte im Gerichtsverfassungsgesetz. 1

I. Hauptteil: Allgemeine Bedeutung und Auslegung des § 13 GVG. und des § 4 EGGVG. 7

A. Aufgabe und Entstehungsgeschichte 7

I. Abgrenzung von Justiz und Verwaltung 7

II. Entstehungsgeschichte des § 13 9

B. Auslegung des § 13 GVG. und des § 4 EGGVG. . . . 11

I. Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" . . . 11

1. Die formelle Theorie und ihre Kritik 11

2. Die materielle Theorie 14

II. Der Vorbehaltscharakter des § 13 14

1. Ablehnende Stellungnahme von Hofacker und Friedrichs und deren Kritik 14

2. Beschränkung der Ueberweisungsbefugnis . . . 14

3. Begriff der „Verwaltungsbehörde" 15

4. Beschränkung der Ueberweisungsbefugnis auf bestimmte Behörden 16

5. Zulässigkeit der Einführung von Vorentscheidungen . 16

6. Häufung von Verwaltungsweg und Rechtsweg . . . 17

7. Reichsrechtliche Beschränkungen der Ueberweisungsbefugnis 17

8. Das materielle Recht 18

III. Die Ueberweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte 18

1a) Nach der formellen Theorie zulässig 18

b) Hartmanns Theorie über das Verhältnis von § 13 GVG. zu § 4 EGGVG. 19

c) Stein 19

d) Stellungnahme zu Hartmann und Stein . . . 20

e) Vermittelnde Meinungen Schelchers und W. Jellineks 21

f) Ein Lösungsversuch 23

2. Zulässigkeit eines Vorentscheides 24

3. Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten 24

4. Maßgeblichkeit der Klage oder des Streitinhalts für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs 26

IV. Zuständigkeit in Strafsachen 27

1. Begriff der „Strafsache" im § 13 27

2. Ueberweisungsbefugnis an Verwaltungsorgane? . . 29

Seite

II. Hauptteil: Der Begriff der Privatrechtsstreitigkeit . . . 30

A. Abgrenzung von den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 30

B. Abgrenzung von den öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. Allgemeines und Methodik 32

I. Geschichtliche Entwicklung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht 32

II. Kelsens monistische Theorie und ihre Kritik . . . 33

III. Allgemeines über die Methode der Abgrenzung . . 35

1. Der Umfang des Begriffs der Privatrechtsstreitigkeit . 35

2. Ablehnung von Definitionen, die dem Begriff einen willkürlich gewählten Umfang geben 36

a) Burckhardt 36

b) Gierke 37

c) Jung 37

3. Findet sich der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht in jedem Rechtssystem? 38

4. Sind die Materien, die durch öffentliches oder bürgerliches Recht geordnet werden, notwendig bestimmt? . 38

5. Sind die Eigenschaften der Norm oder des Lebensverhältnisses maßgebend? 39

6. Ablehnung des Elektizismus Schelchers 41

IV. Das Unterscheidungsmerkmal 42

1. Formale Theorien 42

a) Rechtsquellentheorie 42

b) Ehrlich 42

c) Thon 43

d) Titeltheorie 43

e) Bluntschli 44

f) Vermögenstheorie 44

2. Materielle Theorien 44

a) Interessentheorie 44

b) Subjektstheorie 46

c) Mehrwerttheorie 47

3. Walter Jellinek 49

4. Karl Herrmann 50

5. Die gemischten Rechtsverhältnisse 52

III. Hauptteil: Die Stellungnahme des Reichsgerichts 53

I. Formelle oder materielle Theorie 53

II. Der Begriff der Privatrechtsstreitigkeit 54

1. Vermögenstheorie 54

2. Titeltheorie 55

3. Interessentheorie und Mehrwerttheorie 57

III. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne 57

Einleitung

Das System der Vorbehalte im Gerichtsverfassungsgesetz.

Das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in der Fassung vom 22. März 1924 und der Verordnung vom 12. Dezember 1924, ist keine Kodifikation. Es will seine Materie, die ordentliche Gerichtsbarkeit und wichtige andere Justizorgane, wie die Staatsanwaltschaft und die Vollstreckungsbehörden, nicht erschöpfend regeln. Das erklärt sich aus seiner Geschichte. Die alte Reichsverfassung vom 6. April 1871, unter deren Herrschaft das Gesetz entstand, trug ausgesprochen föderalistischen Charakter. Sie war bestrebt, die Gesetzgebungsbefugnis der Länder in möglichst weitgehendem Maße unangetastet zu lassen. Im Art. 4 Ziffer 13 gab sie dem Reichsgesetzgeber die Befugnis, das „gerichtliche Verfahren" für das ganze Reich einheitlich zu regeln. Eine gleichlautende Bestimmung hatte auch die Verfassung des Norddeutschen Bundes enthalten. Im Reichstag von 1869 war ein Gesetzentwurf angenommen worden, der die angeführte Bestimmung durch die Worte „einschließlich der Gerichtsorganisation" erweitern wollte. Der Bundesrat aber billigte den Entwurf nicht, so daß er nicht Gesetz wurde. Später, bei der Beratung der Reichsjustizgesetze, setzte sich aber doch die Erkenntnis durch, daß die Voraussetzung für eine einheitliche Regelung des Prozesses eine einheitliche Gerichtsverfassung sei und daß der Reichsgesetzgeber diese schaffen mußte, wenn er das Prozeßrecht kodifizieren wollte. Der Reichsgesetzgeber der siebziger Jahre glaubte aber, nur zu einer Regelung der Gerichtsverfassung in den Grundzügen ermächtigt zu sein. Auch hätte es Konflikte mit dem Bundesrat gegeben, wenn der Reichstag darauf bestanden hätte, durch eine eingehende reichsrechtliche Regelung die Kompetenz der Landesgesetzgebung auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts weiter zu beschneiden. So entstand das Gerichtsverfassungsgesetz, das eine große Reihe von Vorbehalten für die Landesgesetzgebung enthält.

Wenn im folgenden von „Vorbehalten" auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts die Rede ist, so ist der Ausdruck nicht allein in dem Sinne zu verstehen, in dem er gemeinhin gebraucht wird. Gewöhnlich bezeichnet man als Vorbehalt diejenigen Vorschriften eines Reichsgesetzes, die a u s d r ü c k l i c h

gewisse Vorschriften der Landesgesetze unberührt lassen. Vorbehalte in diesem (engeren) Sinne enthält auch das GVG, sie werden im folgenden „ausdrückliche Vorbehalte" genannt werden. Daneben enthält das GVG auch noch „stillschweigende", besser „konkludente" Vorbehalte[1]: aus dem Charakter des Gesetzes als einer lediglich die Grundlagen der Gerichtsorganisation regelnden Sammlung von Vorschriften ergibt sich nämlich, daß gewisse Bestimmungen auf die Ausführung durch landesgesetzliche Vorschriften rechnen, ohne sie ausdrücklich zu verlangen oder zuzulassen[2]. So hat das GVG im ersten Abschnitt für die Befähigung zum Richteramt nur Minimalerfordernisse aufgestellt, die das Landesrecht erweitern darf[3][4]. In Bayern, Württemberg und Baden ist z. B. die Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung erst nach acht- bzw. siebensemestrigem Studium möglich, während der § 2 Abs. II GVG nur ein dreijähriges juristisches Studium vorschreibt. Auch könnte ein Land bestimmen, daß nur solche Bewerber zum Richteramt allgemein oder insbesondere zu höheren Aemtern zugelassen werden, die ein bestimmtes Alter erreicht haben oder ihre Examina mit besonderem Prädikat bestanden haben. Aus dem Gedanken, daß das GVG für die Befähigung zum Richteramt nur Minimalerfordernisse aufstellt, ist weiter zu folgern, daß eine landesrechtliche Bestimmung ungültig wäre, wonach jemand Richter werden könnte, ohne die juristischen Prüfungen abgelegt zu haben[5]. Auch das Disziplinarrecht gegenüber Richtern ist durch das GVG nur insofern begrenzt, als bestimmte, besonders schwere Disziplinarstrafen — Amtsenthebung und Zwangsversetzung — nur durch richterliche Entscheidung getroffen werden können. Ebenso ist das Recht der Staatsanwaltschaft nur durch einige grundlegende Bestimmungen reichsrechtlich geregelt[6].

Es muß bei jeder Bestimmung des GVG durch Auslegung, bei der die Materialien wesentliche Hilfe leisten können, festgestellt werden, ob sie den Gegenstand, den sie betrifft, ausschließlich regeln wollte oder ob sie dem Landesrecht Raum zu Ergänzungen lassen wollte. Man wird z. B. annehmen müssen, daß der Kreis der Rechtsschutzorgane selbst ausschließlich geregelt ist. Deshalb wäre es unzulässig gewesen, wenn ein Gericht noch nach Inkrafttreten des GVG an eine Juristenfakultät Akten mit der Bitte um Entscheidung gesandt hätte[7].

---

[1]) Glaser I 299; Kleinfeller 20; Gerland 36; Beling 11.

[2]) Kries 67; R. Schmidt 139; A. A. Wach 192; Struckmann-Koch vor § 1 GVG.

[3]) Kries 67; Bennecke-Beling 48; Oertmann 83.

[4]) „Erweitern" bedeutet zugleich „erhöhen", „erschweren". Der Unterschied, den Stein, Grundriß 94, hier macht, ist nicht verständlich.

[5]) R. Schmidt 140.

[6]) Ullmann 225; Gerland 108.

[7]) Wach I, 217, 21; R. Schmidt 140.

Bestimmungen, deren Vorbehaltscharakter fraglich ist, sind die §§ 156ff. GVG über die Rechtshilfe. Hellmann 152 und Stein-Jonas 2 vertreten die Auffassung, daß die Rechtshilfe zwischen den ordentlichen Gerichten ausschließlich durch das GVG geregelt wird. Selbst wenn dies zuträfe, so würde sich daraus nur ergeben, daß ausführende landesgesetzliche Bestimmungen unzulässig sind. Nicht zu folgern ist daraus, daß es den Einzelstaaten verwehrt ist, Rechtshilfeverträge zu schließen. Dieses Recht ergibt sich vielmehr aus der Justizhoheit der Länder, d. h. aus dem Recht und der Pflicht der Einzelstaaten, Justizbehörden zu errichten und zu unterhalten[8])[9]). Zur Sorge um die reibungslose Gestaltung der Rechtspflege gehört auch der Abschluß von Verträgen, die die Justizbehörden der beteiligten Länder zur Leistung von Rechtshilfe in einem über die Vorschriften des GVG hinausgehendem Maße verpflichtet. Ebenfalls aus der Justizhoheit läßt sich das Recht der Länder herleiten, Verträge über die Errichtung gemeinsamer Gerichte oder über die Uebertragung der Gerichtsbarkeit in einem bestimmten Gebiet für alle oder eine Instanz an einen anderen Staat abzuschließen[10]).

Eine ausführende Regelung durch das Landesrecht ist oft auch da am Platze, wo das GVG vollständig schweigt, eine Regelung durch allgemeine Vorschriften aber unentbehrlich erscheint. So sind die Länder verpflichtet, Bestimmungen über die Einteilung der Gerichtssprengel, die Titulatur, die Gehalts- und Pensionsverhältnisse der Justizbeamten zu treffen[11]). Das Landesrecht darf ferner bei Erlaß oder Veränderung reichsgerichtsverfassungsrechtlicher Normen die erforderlichen Uebergangsbestimmungen treffen, soweit dies nicht durch das entsprechende Reichsgesetz geschieht[12]).

Soweit das GVG eine Materie ausschließlich regelt, ist rechtssetzende Tätigkeit der Länder grundsätzlich ausgeschlossen. Man wird jedoch im Gegensatz zu R. Schmidt 1349 f. solche Vorschriften des Landesrechts für zulässig halten müssen, die eine reichsgesetzliche Bestimmung wiederholen. In diesem Falle entsteht kein Widerspruch zwischen Reichs- und Landesrecht: Die Vorschrift des Art. 13 RV: „Reichsrecht bricht Landesrecht" kann somit auch keine Anwendung finden. Eine Wiederholung reichsrechtlicher Bestimmungen in einem Landesgesetz kann sich als zweckmäßig erweisen, wenn die landesgesetzliche Ausführungsnorm nur im Zusammenhang mit dem reichsrechtlichen Vor-

---

[8]) Kries 109.

[9]) Daß die Länder die Justizhoheit ausüben, hindert selbstverständlich nicht, daß sie bei der Ausübung dieses Hoheitsrechts an reichsrechtliche Normen gebunden sind; R. Schmidt 191; Laband III, 455; Beling 40.

[10]) Aehnlich Stein-Jonas 31.

[11]) R. Schmidt 140.

[12]) Gerland 36.

behalt verstanden werden kann und man den Stellen, die das Gesetz anzuwenden haben, das lästige Aufsuchen der reichsrechtlichen Vorschrift ersparen will. Auch wird eine Wiederholung reichsrechtlicher Normen wegen ihrer grundlegenden und richtunggebenden Bedeutung mitunter geboten sein. So wird z. B. in Art. 8 Pr. V. v. 30. 11. 1920 die Unabhängigkeit der Richter gleichlautend mit Art. 102 RV. garantiert. Die Frage nach der Rechtsgültigkeit solcher landesrechtlicher Vorschriften ist aber ohne praktische Bedeutung, weil diese immer nur „deklaratorisch" wirken können, eigentliche Rechtssatzwirkung besitzen sie nicht.

Dem Inhalte nach kann man unter den Vorbehalten solche unterscheiden, die eine Ausführung durch landesrechtliche Normen fordern, ohne landesrechtliche Ausführungsbestimmungen keine Wirksamkeit entfalten können, und solche, die den Ländern erlauben, bestimmte Materien abweichend vom RGVG. zu regeln bzw. abweichende Vorschriften aufrechtzuerhalten. Die reichsrechtlichen Bestimmungen, die abweichendes Landesrecht zulassen, sind Vorbehalte der Art, wie man sie in kodifizierenden Reichsgesetzen findet, sie dispensieren von einer erschöpfenden reichsrechtlichen Regelung. Man kann hier von Vorbehalten im engeren Sinne oder von echten Vorbehalten sprechen. „Stillschweigende" Vorbehalte können immer nur zu ausführenden, nicht zu abweichenden landesrechtlichen Vorschriften ermächtigen.

R. Schmidt 141 nennt die auf Grund echten Vorbehalts ergangenen Bestimmungen „Ergänzungsnormen" im Gegensatz zu den „Ausführungsnormen", die ihre Grundlage in einem Vorbehalt der ersterwähnten Art finden. Man sagt wohl besser statt „Ergänzungnormen" einfach „abweichende Vorschriften".

Adressat des Vorbehalts ist stets eine zur Rechtssetzung befugte Stelle innerhalb des Staatsorganismus der Länder. In diesem Sinne ist im vorgehenden vom „Landesgesetzgeber" gesprochen worden. Die Vorbehalte richten sich zum Teil an das zum Erlaß von Gesetzen im formellen Sinne befugte Staatsorgan, das Gesetz spricht dann von der „Gesetzgebung eines Bundesstaats", „landesgesetzlichen Bestimmungen" usw.[13]). Zuweilen ermächtigt das GVG. auch „die Landesjustizverwaltung", d. h. den zuständigen Ressortminister oder eine von ihm bezeichnete Stelle[14]). In einer derartigen reichsgesetzlichen Ermächtigung der Landesjustizverwaltungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen kann eine Durchbrechung des partikularen Staatsrechts liegen, wenn nach diesem eine andere Stelle zum Erlaß der Ausführungsbestimmungen erforderlich gewesen wäre. Bei den nicht

[13]) Z. B. §§ 10; 34 II GVG.
[14]) Z. B. 43 I, 57, 152 II GVG.

ausdrücklichen Vorbehalten ist es Sache des Landesverfassungsrechts, zu entscheiden, welche Stelle innerhalb des Landesstaatsorganismus zum Erlaß der ausführenden Vorschrift ermächtigt sein soll. Es kann dies das Landesparlament, die Landesregierung oder der zuständige Ressortminister sein. Den einzigen Fall, in dem die zum Erlaß der Ausführungsnorm befugte Landesstelle indirekt reichsrechtlich bestimmt ist, bildet § 153 GVG. Im Gegensatz zu § 154, der von den Dienst- und Geschäftsverhältnissen der Gerichtsvollzieher handelt, bestimmt § 153, daß nur die Geschäftsverhältnisse der Urkundsbeamten durch Anordnung der Landesjustizverwaltung geregelt werden sollen. Daraus ergibt sich, daß die Dienstverhältnisse durch Gesetz geordnet werden müssen[15]). Wenn der Reichsgesetzgeber die Landesjustizverwaltung zum Erlaß einer Vorschrift ermächtigt, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die betr. Angelegenheit durch formelles Landesgesetz geregelt wird.

Von den Ermächtigungen zum Erlaß ausführender allgemeiner Vorschriften sind die Ermächtigungen zum Erlaß ausführender Verwaltungsakte zu unterscheiden, diese Ermächtigungen können nicht als „Vorbehalte" bezeichnet werden. Verwaltungsakte sind solche Anordnungen der Landesjustizverwaltungen, die ihre Wirksamkeit in der Regelung eines einzelnen Falles erschöpfen. Zu Verwaltungsakten ermächtigen z. B. die Vorschriften der §§ 22 III, 36 III, 61, 70 I, II, 78, 92, 93, 147.

Es gibt auch Bestimmungen des GVG., die die Landesjustizverwaltungen sowohl zum Erlaß allgemeiner Normen wie zur Vornahme einzelner Verwaltungsakte ermächtigen. So kann gem. § 70 I die Vertretung eines Mitglieds eines Landgerichts im Einzelfalle durch eine Verfügung geregelt werden, die den Vertreter und den Vertretenen bezeichnet. Es kann aber auch eine „Allgemeine Verfügung" erlassen werden, wonach z. B. ein für allemal im Falle der Verhinderung des Mitglieds des einen Gerichts das jüngste Mitglied eines benachbarten Gerichts einspringt.

Vorbehalte für das Landesgerichtsverfassungsrecht enthält nicht nur das GVG., sondern auch das EGGVG. und andere Reichsgesetze. So gibt § 380 StPO. der Landesjustizverwaltung die Befugnis, diejenige Stelle zu bezeichnen, die zur Güteverhandlung von Beleidigungen und ähnlichen leichteren Delikten zuständig sein soll. Die StPO. (genau: EGStPONO) bestimmt ebenfalls, daß für die Erledigung von Feld- und Forstrügesachen durch die Landesgesetzgebung abweichende Verfahrensvorschriften getroffen werden können. Dieser Vorbehalt berechtigt auch zu einer vom GVG. abweichenden Regelung der sachlichen Zu-

[15]) R. Schmidt 203.

ständigkeit und der Besetzung des Amtsgerichts[16]). § 3 III EGStPO., der diesen Vorbehalt enthält, kann zudem nicht ohne Berücksichtigung des Landesrechts ausgelegt werden. Ueber den Begriff der Feld- und Forstrügesachen sagt die StPO. nichts, verweist somit in dieser Beziehung auf das Landesrecht. Innerhalb gewisser Grenzen[17]) kann die Landesgesetzgebung den Begriff der Feld- und Forstrügesachen frei bestimmen[18]) und somit die Grenzen des ihr gegebenen reichsrechtlichen Vorbehalts selbst festlegen. Ueber das polizeiliche Strafverfügungsrecht, das die StPO. regelt, s. u. S. 29 f.

Die Ermächtigung, den Urkundsbeamten richterliche Geschäfte zu übertragen, ist den Landesjustizverwaltungen durch Art. VI §§ 1 und 2 EntlG. v. 1. 3. 1921 gegeben worden.

Eine Interpretation der reichsrechtlichen Vorbehalte und damit eine Feststellung der Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiete der GV. ist nicht möglich ohne eine Berücksichtigung derjenigen Bestimmungen, die die in einem Vorbehalt gegebene Befugnis wieder einschränken. Sie spielen namentlich bei der Interpretation des § 13 GVG. eine Rolle. So bestimmt z. B. § 4 EGZPO., daß das Landesrecht den Rechtsweg nicht aus dem Grunde ausschließen darf, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation an dem Rechtsstreit beteiligt ist. Auch kann das Landesrecht den Rechtsweg nicht versagen, wenn er durch Reichsrecht ausdrücklich zugelassen ist. Die Frage, ob ein Land zum Erlaß von Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs für bestimmte Rechtsstreitigkeiten ermächtigt war, kann also nicht beantwortet werden ohne Berücksichtigung jener Bestimmungen.

Wenn man die Vorbehalte im GVG. im einzelnen ordnen will, so wird man von der Einteilung in Vorbehalte zu ausführenden und zu abweichenden Normen auszugehen haben. Weiter müssen ausdrückliche und stillschweigende (konkludente) Vorbehalte unterschieden werden. Es ist ferner nach dem Adressat des Vorbehalts unterzuteilen in Vorbehalte für den Landesgesetzgeber im formellen Sinn und solche für die Landesjustizverwaltung, an deren Stelle mitunter die Landesregierung tritt.

A) Vorbehalte zum Erlaß von Ausführungsnormen.

I. Ausdrückliche Vorbehalte: 1. Für die Landesgesetzgebung: § 40 IV. 2. Für die Landesregierung: §§ 40 II, 152 II. 3. Für die Landesjustizverwaltung: §§ 43 I, 57 I, 70 I, II, 77 II, 153, 154, 3 III EGStPO, 380 StPO.

---

[16]) Gerland 31.

[17]) Hierüber Kries 77.

[18]) Glaser I 299; Dohna 16; Gerland 31.

II. Stillschweigende Vorbehalte: a) liegen in der Unvollständigkeit der gesetzlichen Bestimmungen über die Staatsanwaltschaft, die Voraussetzungen der Fähigkeit zum Richteramt und über das Disziplinarrecht; b) liegen im Schweigen des Gesetzes über Titulatur, Gehaltsfragen, Ruhestandsfragen, Ueberleitungsbestimmungen.

B) Vorbehalte zum Erlaß abweichender Vorschriften. (Immer ausdrückliche Vorbehalte.)

1. Für den Landesgesetzgeber: §§ 3, 4, 6, 8, 9, 11 EG., 10, 13, 14, 34 II GVG. 2. Für die Landesjustizverwaltung: §§ 22 III, 58, 120 II 2 GVG.

Aus der Zusammenstellung ergibt sich, daß die größte Zahl der Vorbehalte diejenigen darstellen, die zu abweichenden Vorschriften ermächtigen. Sie sind zum erheblichen Teile von den Ländern ausgenutzt worden; die auf Grund solcher reichsrechtlichen Ermächtigung geschaffenen landesrechtlichen Bestimmungen bilden einen Bestandteil des deutschen Gerichtsverfassungsrechts, der zum Verständnis der deutschen Justizverfassung unentbehrlich ist. So die Bestimmungen über den Kompetenzkonflikt, Hilfsrichter, detachierte Strafkammern, die Zuweisung von Strafsachen aus mehreren Bezirken an ein Amtsgericht, die entsprechenden Bestimmungen über Schwurgerichte und Handelskammern, die Gerichte als Organe der Justizverwaltung usw. Obwohl diese Bestimmungen von großer praktischer Bedeutung sind, sind sie doch vom Standpunkt des Reichsrechts, das auch ohne sie unmittelbar funktionieren könnte, nicht notwendig. Es sind den Ländern auch Materien zur abweichenden Regelung überlassen worden, die politisch stark umkämpft gewesen sind, so die Regelung der Zulässigkeit des Rechtswegs, des Kompetenzkonflikts und des Konflikts.

Zu den Vorbehalten im engeren Sinn gehört auch der § 13 GVG. Er regelt die Zulässigkeit des Rechtswegs, läßt aber dem Landesrecht Raum zu abweichenden Bestimmungen. Seiner Interpretation dienen die folgenden Untersuchungen.

I. Hauptteil. Allgemeine Bedeutung und Auslegung des § 13 GVG. und des § 4 EGGVG.

A) Aufgabe und Entstehungsgeschichte.

1. Abgrenzung von Justiz und Verwaltung.

§ 13 GVG. und § 4 EGGVG., von denen die vorliegende Arbeit handelt, sind die grundlegenden reichsrechtlichen Bestimmungen über die Abgrenzung von Justiz und Verwaltung. Justiz ist ein formeller Begriff[19]); er ist insbesondere nicht gleich-

[19]) Ueber die Unmöglichkeit, ein durchgreifendes materielles Kriterium der Unterscheidung von Justiz und Verwaltung zu finden, vgl. Schelcher,

bedeutend mit dem materiellen Begriff Rechtsprechung (gleich Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm und Feststellung der Rechtsfolge). Justiz als Tätigkeit ist vielmehr die Tätigkeit aller einem Justizministerium unterstellten Behörden. Justiz im organisatorischen Sinne ist die Zusammenfassung aller Behörden, deren Spitze ein Justizministerium bildet.

Der Begriff Verwaltung wird zugleich im formellen wie im materiellen Sinne gebraucht. Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne ist die „unterhalb der Sphäre der Regierung auf die Schaffung oder Verhinderung von etwas Neuem im Einzelfall gerichtete Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt[20])." In diesem Sinne ist Verwaltung auch die Tätigkeit der Justizverwaltungsorgane und ein großer Teil der Tätigkeit der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Andererseits sind den Verwaltungsbehörden im formellen Sinne (das sind alle Behörden, die nicht Justizbehörden sind) auch Aufgaben zugewiesen, die auf dem Gebiete der Rechtsprechung liegen. Es besteht sonach weder eine Uebereinstimmung zwischen Justiz und Rechtsprechung noch zwischen Verwaltung im gegenständlichen und im formellen Sinne.

Die Grenze zwischen Justiz und Verwaltung wird vom § 13 GVG. in der Weise gezogen, daß der — grundsätzlich unbeschränkte — Zuständigkeitskreis der ordentlichen Gerichte, anders ausgedrückt, der Umfang der ordentlichen Gerichtsbarkeit umrissen wird. Dasselbe meint man, wenn man sagt, § 13 GVG. handele von der Zulässigkeit des Rechtsweges. „Rechtsweg" oder „ordentlicher Rechtsweg" bedeutet einem alten Sprachgebrauch entsprechend „Gerichtsweg". Das Wort „Recht" hat die gleiche Bedeutung in den Ausdrücken „kriegs- und standrechtliches Verfahren", „von Rechts wegen", „rechtliches Gehör" und „rechtliche Klage"[21]).

Ordentliche Gerichte sind nach § 12 GVG. die Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und das Reichsgericht, sowie das auf Grund des § 8 EGGVG. errichtete bayerische Oberste Landesgericht. Vor diese ordentlichen Gerichte gehören nach § 13 GVG.:

> „alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind."

S. 27ff., der die verschiedenen Theorien zusammenstellt und kritisiert; siehe auch Wach, S. 83; Vierhaus, S. 224; Kormann, JahrböffR. 7, S. 3; O. Mayer, S. 7; Fleiner, S. 5, 8; vgl. auch die negative Definition der Justiz bei Kern, Handb. I, S. 353.

[20]) W. Jellinek, S. 6; ähnl. Laband, S. 149.

[21]) Ueber die Ethymologie vor allem Stölzel, Rechtsweg, S. 1 und 2.

Es empfiehlt sich, einen Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 13 zu werfen, bevor man an dessen Interpretation herangeht.

II. Entstehungsgeschichte des § 13.

Eine Vorbehaltsnorm kann nur in einem Bundesstaat entstehen. Sie hat nur dort Sinn, wo die Gesetzgebungsgewalt zweier Staaten, des übergeordneten „Bundesstaats" und der Gliedstaaten voneinander abgegrenzt werden soll. Von der Geschichte der Grenzlinie zwischen Justiz und Verwaltung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden kann, ist zu scheiden die Geschichte des § 13 als Vorbehaltsnorm. Diese erstreckt sich nicht über einen langen Zeitraum. Die Frage der reichsrechtlichen Regelung der Zulässigkeit des Rechtswegs konnte erst mit der Schaffung des norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches auftauchen, sie wurde in einer bisher abschließenden Weise im Jahre 1877 durch das Gerichtsverfassungsgesetz gesetzlich geregelt.

Um die grundsätzliche Gestaltung des § 13 GVG. ist gekämpft worden. Man hätte allerdings — „theoretisch" — die Möglichkeit gehabt, im § 13 (§ 1 des Entwurfs) die Grenze zwischen Justiz und Verwaltung zu ziehen, ohne dem Landesrecht Spielraum zur selbständigen Regelung der Materie zu lassen. Man hätte etwa bestimmen können, daß vor die ordentlichen Gerichte alle privatrechtlichen Streitigkeiten und alle Strafsachen gehören sollten. Es bestand jedoch ein Bedürfnis dafür, Ausnahmen von dieser Regel zu machen. Es wäre schwer gewesen, durch Reichsgesetz diese Ausnahmen festzusetzen, denn sie sind derart stark in dem partikularen Verwaltungsrecht verwurzelt, daß ihre einheitliche reichsrechtliche Regelung nicht ohne eine einheitliche Regelung des gesamten Verwaltungsrechts, die einer reichsrechtlichen Kodifikation gleichgekommen wäre, zu bewirken gewesen wäre. Ein solch tiefes Eingreifen in die Verwaltungsgesetzgebung der Länder lag damals nicht in der rechtlichen und politischen Macht des Reichsgesetzgebers und wurde deshalb von den Motiven abgelehnt[22]). Die zum Gesetz gewordene Bestimmung des § 1 des Entwurfs will „die bestehenden Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung aufrechterhalten"[22]). Diese Tendenz des Entwurfs blieb in der vom Reichstag zur Beratung des Entwurfs eingesetzten Kommission nicht unangefochten. Während der ersten Lesung stellte der Abgeordnete Bähr den Antrag, in das Gerichtsverfassungsgesetz einzufügen:

§ 5a „Die gerichtliche Klage findet statt wegen jeder Verletzung eines Privatrechts, deren Widerrechtlichkeit nach Rechtsgrundsätzen erkennbar ist, ohne Unterschied, ob die

[22]) Hahn, S. 48.

verletzende Handlung von einer Privatperson oder von der Staatsgewalt in Ausübung der Staatsverwaltung oder von einer anderen öffentliche Rechte ausübenden Persönlichkeit ausgeht."

§ 5b „Rechtsstreitigkeiten, bei welchen eine in Ausübung des öffentlichen Rechts geübte Rechtsverletzung in Frage steht, können durch die Landesgesetzgebung besonderen Verwaltungsgerichten mit besonders geordnetem Verfahren überwiesen werden."

§ 5c „Verfügungen und Entscheidungen der gesetzlich zuständigen Behörden über die Heranziehung zu allgemeinen, auf einem Verbande des öffentlichen Rechts beruhenden Lasten unterliegen der Anfechtung im Rechtswege nur insoweit, als die Reichs- und Landesgesetze dieselbe zulassen[23]."

Der Antrag Bähr findet seine theoretische Grundlage in der Fiskustheorie[24]). Dem modernen Juristen fällt der Unterschied zwischen der neueren Theorie des öffentlichen Rechts und der Auffassung auf, die der Bährsche Antrag widerspiegelt. So werden z. B. heute Ansprüche, die einer Privatperson gegen eine Hoheitsperson wegen einer Rechtsverletzung zustehen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangen worden ist, dem öffentlichen Recht zugeordnet. Bähr glaubte anscheinend, sie seien privatrechtlicher Natur. Als subjektive Privatrechte wollte Bähr auch die Menschen- und Bürgerrechte der französischen Revolution, die in vielen partikulären deutschen Verfassungen Anerkennung gefunden hatten, aufgefaßt wissen[25]). Wenn der Antrag Bähr Gesetz geworden wäre, wäre die Wissenschaft und die Rechtsprechung in der Folgezeit vielleicht dazu gelangt, jeden Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers, der nicht dem § 5c unterfiel, der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte zu unterwerfen. Jedenfalls wäre die Wissenschaft durch die An-

---

[23]) Hahn, S. 672.

[24]) Nach der z. Zt. des absoluten Staates herrschenden Staatstheorie war der hoheitliche Staat „omnipotent", er war keinerlei rechtlichen Beschränkungen unterworfen. Das Rechtsbewußtstein des aufstrebenden Bürgertums empfand diesen Zustand als unbefriedigend. Die Theorie, die es schuf, und durch die in der Folgezeit das öffentliche Recht entscheidend umgestaltet wurde, war die Fiskustheorie. Sie konstruierte die soziologische Einheit Staat als zwei Rechtspersönlichkeiten, den hoheitlichen, nach wie vor rechtlich unbeschränkten eigentlichen Staat und den dem Privatrecht unterworfenen Fiskus. Alle vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Staat faßte man auf als privatrechtliche Ansprüche gegen den Fiskus und eröffnete für sie den ordentlichen Rechtsweg. So entschieden die ordentlichen Gerichte über die Ansprüche gegen den Staat aus Amtspflichtverletzungen, über die Ansprüche auf Rückzahlung überhobener Abgaben, auf Zahlung des Beamtengehalts usf. In dem Maße, wie die moderne Theorie des öffentlichen Rechts entwickelt wurde, verschwand die Fiskustheorie.

[25]) Rechtsstaat S. 149f.

nahme des Antrags Bähr vor kaum lösbare Aufgaben gestellt worden. Die Entwicklung einer Theorie des allgemeinen Verwaltungsrechts wäre auf große Schwierigkeiten gestoßen. Das wurde auch bei der Beratung in der Reichstagskommission empfunden. Von Amsberg und Miquél[26]) wiesen darauf hin, daß die Annahme des Antrages Bähr einen Rückschritt bedeuten würde. Demzufolge wurde der Antrag Bähr abgelehnt und der § 13 nach geringfügigen Aenderungen in der Fassung des Regierungsentwurfs angenommen.

B) Interpretation des § 13 und des § 4 EGGVG.

I. Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit".

1. Die formelle Theorie.

Schon während der Beratung des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Kommission des Reichstages wurde von dem Abgeordneten Reichensperger[27]) die Auffassung vertreten, der § 2 des Regierungsentwurfs enthalte einen circulus vitiosus. Er schloß sich in dieser Hinsicht dem Abg. Bähr an, der bemerkt hatte, § 2 des Entwurfs besage eigentlich weiter nichts als: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht vor andere Gerichte gehören". Reichensperger und Bähr schwebte wohl die Meinung vor, die bis ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts hinein die herrschende war[28]); der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, den § 13 GVG. gebrauchet, sei rein formeller Art, er bedeute nichts anderes als Zivilprozeßsache. Diese Ansicht ist insbesondere von Wach[29]) und Stölzel[30]) entwickelt und begründet worden. Aus den Materialien ergäbe sich, daß der Reichsgesetzgeber eine Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht habe geben wollen[31]). Man könnte deshalb in bezug auf einen konkreten Fall nicht sagen: „Dies ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG., und, da sie nicht auf Grund der im dortigen Nebensatz enthaltenen Ermächtigung ausgenommen ist, so ist sie nach Reichsrecht im Rechtsweg verfolgbar; jenes ist eine solche Rechtsstreitigkeit nicht, folglich ist sie reichsgesetzlich vom Rechtsweg ausgeschlossen[32])". Vielmehr müsse es allein dem Landesgesetzgeber überlassen bleiben, festzustellen, was eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 sei.

---

[26]) Hahn, S. 679.
[27]) Hahn, S. 678.
[28]) Eine Zusammenstellung der Anhänger dieser Lehre findet sich bei Reich, S. 36, Fußn. 40.
[29]) S. 79ff.
[30]) Rechtsweg, S. 41ff.
[31]) Stölzel, a. a. O.
[32]) So allerdings die jetzt herrschende Lehre.

Durch § 13 werde die Landesgesetzgebung nicht gehindert, in beliebiger Weise öffentlich-rechtliche Streitigkeiten dem Rechtsweg zuzuweisen und privatrechtliche Streitigkeiten dem Rechtsweg zu entziehen. § 13 sage sonach nur: „Was durch Reichs- oder Landesgesetz als eine zum Rechtsweg geeignete Sache bezeichnet wird, ist zum Rechtsweg geeignet."

Diese im folgenden „formell" genannte Theorie ist bedenklich. Das Argument, das Gerichtsverfassungsgesetz habe die zur Zeit seiner Schaffung zwischen Justiz und Verwaltung bestehende Grenze nicht verschieben wollen, ein materieller Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit (gleich privatrechtlicher Streitigkeit) sei also abzulehnen, greift nicht durch. Diesem Willen des Gesetzgebers trägt auch die herrschende Lehre Rechnung, indem sie den materiellen Charakter einer Rechtsstreitigkeit nur dann entscheidend sein läßt, wenn eine ausdrückliche, auch landesrechtliche Bestimmung, die die Kompetenzfrage regelt, nicht gegeben ist. Auch die gelegentlich der Beratungen einer Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz geäußerte Meinung eines Regierungsvertreters, die mit der formellen Theorie übereinstimmte, kann kein entscheidendes Argument für deren Richtigkeit bilden, denn sie erfolgte, als das Gesetz schon zwanzig Jahre in Kraft war[33]).

Es muß den Formalisten allerdings zugegeben werden, daß es Bestimmungen des Reichsrechts gibt, die nur dann befriedigend interpretiert werden können, wenn man den in ihnen enthaltenen Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" formell auffaßt[34]), wie z. B. die §§ 23, 71, 119, 133 GVG. Damit ist jedoch nicht erwiesen, daß nicht auch ein materieller Begriff, nach dem bürgerliche Rechtsstreitigkeiten mit Privatrechtstreitigkeiten gleichbedeutend sind, existiert. Zweifelsfrei ist z. B., daß § 4 EGZPO. diesen materiellen Begriff meint, denn eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist", kann nur eine Privatrechtsstreitigkeit sein. — Die Anhänger der formellen Theorie müssen in § 13 GVG. nicht nur ein circulus vitiosus, sondern auch einen Widerspruch erblicken. Dadurch nämlich, daß das Gesetz von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten spricht, die vor Verwaltungsorgane gehören, erkennt es einen materiellen Begriff an. Denn eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die von Verwaltungsorganen entschieden wird, würde man bei Zugrundelegung einer formellen Auffassung nur als Verwaltungssache bezeichnen können. Wenn man der formellen Theorie folgen

---

[33]) Stölzel, Rechtsweg, S. 42; Bericht d. 2. Komm. d. Reichstags, Nr. 240 d. Drucks. d. RT., 9. Legislaturperiode, 5. Session, 1897/98, Bd. V, 5ff., abgedr. b. Stölzel, S. 604ff.

[34]) a. A. Hartmann in ArchZivPrax. 121, 299; Fleiner, S. 15, die nur einen materiellen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit anerkennen.

wollte, müßte man für jede Gruppe von Rechtsstreitigkeiten nach einer ausdrücklichen Vorschrift suchen, die die Kompetenz regelt. Solche Bestimmungen fehlen aber für die größte Zahl der Rechtsstreitigkeiten, eben deshalb, weil die grundlegende Bestimmung des § 13 eine solche Zuweisung enthält. Es gibt keine Vorschrift, die etwa sagt: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs." Die Anhänger der formellen Auffassung müssen bestrebt sein, den Mangel eines reichsrechtlichen Scheidungsprinzips zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden, den sie für gegeben erachten, durch allgemeine Grundsätze zu ersetzen. So sagt Wach[35]), die privatrechtliche Sache sei im Zweifel Zivilprozeßsache, und Stölpel[36]) bezeichnet diesen Satz sogar als einen „Teil des gemeinen Rechts".

2. *Die materielle Theorie.*

Angesichts der schweren Unzuträglichkeiten, die sich bei der Befolgung der formellen Theorie ergeben, wird man einen materiellen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit anerkennen müssen. Das tut auch die heute durchaus herrschende Lehre[37]), die darin an viele partikuläre Gesetze über die Trennung von Justiz und Verwaltung, die vor Erlaß des Gerichtsverfassungsgesetzes Gültigkeit hatten[38]), anknüpft. Man muß allerdings darauf verzichten, die Richtigkeit der materiellen Theorie aus den Materialien des Gesetzes zu beweisen. Die Motive[39]) sind widerspruchsvoll. So heißt es einmal: „Der Entwurf konnte aber den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als einen gegebenen voraussetzen, weil er ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Deutschen Reiches überall gesetzlich, sei es im geschriebenen, sei es im ungeschriebenen Recht skizziert ist." Man sollte meinen, die Verfasser des Entwurfs erkennten hiermit einen reichsrechtlichen,

---

[35]) S. 80.

[36]) S. 42.

[37]) Schulze, S. 133; Dernburg, S. 47; Sarwey, S. 93; Jul. Wilh. Planck, S. 27; Engelmann, S. 65; Hellwig, System, S. 43, Lehrb., S. 59; Rich. Schmidt, S. 182f.; O. Mayer, S. 173; Laband III, 382; Stein, Grundriß, S. 81; Stein, Grenzen, S. 21; Hofacker, Staatsverwaltung, S. 151; Schelcher, Verw.-Arch. 28 (1921), S. 338; K. Mayer, Württ. Z. 71 (1929), S. 1; Rosenberg, S. 27.

[38]) Vgl. Allg. GO. f. d. preuß. Staaten v. 6. 7. 1793, Einl. § 1: alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte welche einen Gegenstand des Privateigentums ausmachen, müssen durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Bad. Verf. Urkunde v. 1818, 14,2 „alle Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtssachen müssen von den ordentlichen Gerichten ausgehen". Vgl. dazu den den Begriff „bürgerliche Rechtssachen" erläuternden § 3. Sächs. AGes. v. 28. 1. 1835, § 6: die Gerichte entscheiden „bei allen Irrungen über privatrechtliche Verhältnisse".

[39]) Hahn, S. 47.

materiellen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit an. Dann fährt jedoch die Begründung fort: „Für die Bestimmung einer Sache als bürgerliche Rechtsstreitigkeit sind sonach in erster Linie die Reichsgesetze, in weiterer Linie das Landesrecht des einzelnen Staates maßgebend." Dieser Satz, der anscheinend die Existenz eines reichsrechtlichen Trennungsprinzips leugnet, bildet die Grundlage für die formelle Theorie.

II. Der Vorbehaltscharakter des § 13.

1. Ablehnende Stellung von Hofacker und Friedrichs und deren Kritik.

Es wurde oben gesagt, § 13 sei eine Vorbehaltsnorm. Insofern nämlich, als § 13 dem Landesgesetzgeber gestattet, Privatrechtsstreitigkeiten den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zur Entscheidung zuzuweisen. Dieser Vorbehaltscharakter des § 13 ist von Hofacker[40]) und Friedrichs[41]) bestritten worden. Aus den Motiven des Gesetzes gehe hervor[42]), daß den ordentlichen Gerichten grundsätzlich alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen überwiesen werden sollten. Diesem Willen des Gesetzgebers würde am meisten entsprochen, wenn man dem Satzteil „für welche nicht.... begründet ist" nicht die Bedeutung einer selbständigen Ermächtigung, sondern die eines Hinweises auf eine „gegebene oder zu gebende Ermächtigung" gäbe[43]). Wenn man Hofacker und Friedrichs folgen wollte, müßte man alle Bestimmungen für ungültig erachten, die die Zuständigkeit von Verwaltungsorganen für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten verwenden. Ein solches Ergebnis würde der Tendenz des Gesetzes, die im Jahre 1877 bestehende Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung unverändert zu lassen, nicht entsprechen. Auch beachten Hofacker und Friedrichs nicht genügend den § 4 EGZPO., der von dem Gegebensein einer Ermächtigung für den Landesgesetzgeber ausgeht. Zuzustimmen ist sonach der heute herrschenden Lehre[44]), wonach grundsätzlich gemäß § 13 Privatrechtssachen vor die ordentlichen Gerichte gehören, durch die Landesgesetzgebung jedoch den Verwaltungsorganen zugewiesen werden können.

2. Beschränkungen der Ueberweisungsbefugnis.

a) Es ist behauptet worden, daß diese Befugnis des Landesgesetzgebers auf bestimmte Arten von Rechts-

[40]) Hofacker, S. 285ff., 332.
[41]) Friedrichs in JR. 1927, 494ff.
[42]) Hahn, S. 47ff.
[43]) Hofacker, S. 286.
[44]) S. Anm. [37]), S. 13 d. A.

streitigkeiten beschränkt sei. So meint Hänel[45]), der Reichsgesetzgeber habe nur deswegen die Zahl und Art der Rechtsstreitigkeiten, die zur Kompetenz der ordentlichen Gerichte gehören sollten, nicht festgelegt, weil er sich scheute, in das „innere Staatsrecht" der deutschen Bundesstaaten einzugreifen, in welchem die Entwicklung von der privatrechtlichen Fiskustheorie zur modernen Lehre vom öffentlichen Recht noch im Fluß war. Hänel folgert aus diesem Motiv, „daß die mögliche Ausschließung (des Rechtswegs) sich auf jenes, in verschiedener historischer Entwicklung verschieden abgegrenzte Gebiet beziehen sollte, auf welchem sich das bürgerliche und das öffentliche Recht um die Herrschaft streiten". Hänel übersieht ein anderes Motiv, welches dazu führte, den § 13 als Vorbehaltsnorm auszugestalten: man ging nämlich auch von der Erwägung aus, daß bei gewissen Verwaltungsbehörden eine besonders große Kenntnis gewisser Lebensgebiete vorhanden sei und daß man deshalb zweckmäßigerweise diesen Behörden auch Zivilrechtsstreitigkeiten aus diesem Gebiete zuweise. Mit dieser Feststellung entfallen die Voraussetzungen der Hänelschen Beschränkung.

b) Es ist ferner von K. Mayer[46]) behauptet worden, daß Rechtsstreitigkeiten, für deren Entscheidung das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist, nicht auf Verwaltungsorgane übertragen werden dürften. Diese Lehre ist mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet worden. Sie findet jedoch im Gesetz keine Stütze[47]). Die Materialien zur Zivilprozeßnovelle von 1898 ergeben, daß der Reichsgesetzgeber eine solche Beschränkung in Erwägung gezogen, aber abgelehnt hat[48]).

3. Begriff der „Verwaltungsbehörde".

Eine Uebertragung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten darf gemäß § 13 GVG. nur an Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte erfolgen. Welche Behörden Verwaltungsgerichte darstellen, wird sich immer aus den Landesgesetzen feststellen lassen. Der Klärung bedürftig ist dagegen der Begriff der Behörde. Otto Mayer[49]) hielt die Fähigkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, für das wesentliche Merkmal des Behördenbegriffs. Unter einem Verwaltungsakt verstand er einen der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertan gegenüber im Einzelfalle festsetzt, was für ihn rechtens sein soll. Aber selbst wenn man einen weiteren Begriff des Verwaltungsaktes verwenden will, etwa das Moment des Ur-

[45]) Hänel, S. 735.
[46]) Württ. Z. (FG) 63 (1921), S. 6.
[47]) Wie hier Hellwig, Lehrb., S. 64; Schelcher, S. 56; Rosenberg, S. 28; Stein-Jonas, S. 6.
[48]) Vgl. oben S. 12, Anm. [33]).
[49]) Verwaltungsrecht I, 93f.

teilsmäßigen und der Tätigkeit gegenüber dem Untertanen ausschaltet[50]), wird man doch mit W. Jellinek[51]) feststellen müssen, daß es auch Behörden gibt, denen die rechtliche Fähigkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, nicht gegeben ist. Jellinek nennt sie technische Behörden und rechnet hierhin die statistischen Landesbehörden und die Straßenbauinspektion. Für den Begriff der Behörde wird man entscheidend sein lassen die selbständige Funktion innerhalb der Staatsverwaltung, die „organisatorische Einheit" im Sinne W. Jellineks[52]). Die Behörden zerfallen in Einzelämter, wie den preußischen Amtsvorsteher, und Vielheiten von Einzelämtern, die mit einer einheitlichen und selbständigen Funktion betraut sind, wie das Landgericht und den preußischen Kreisausschuß.

4. Beschränkung der Ueberweisungsbefugnis auf bestimmte Behörden.

Daß die Behörde, der eine Entscheidungsgewalt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegeben wird, der allgemeinen Staatsverwaltung angehört[53]), ist nicht erforderlich. Selbst eine Ueberweisung an eine Behörde einer Gemeinde oder einer anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts wäre zulässig. § 13 deckt nicht die Uebertragung an eine private Stelle[54]), auch wenn mit einer besonderen Benennung der Anschein erweckt werden soll, als handele es sich um eine Stelle innerhalb der Staatsverwaltung. Der Landesgesetzgeber ist an den in Wissenschaft und Rechtsprechung feststehenden Begriff der Verwaltungsbehörde, auf den das Gerichtsverfassungsgesetz verweist, gebunden; er darf ihm keine von der allgemeinen Auffassung abweichende authentische Interpretation geben. — Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten dürfen dem Rechtsweg nicht dadurch entzogen werden, daß sie an Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen werden. Das will der § 13 GVG., der nur die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte erwähnt, ausschließen[55]).

5. Zulässigkeit der Einführung von Vorentscheidungen.

So wie der Landesgesetzgeber den Rechtsweg für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten völlig verschließen kann, so kann er ihn auch unter Einschränkungen gewähren. Er kann den Rechtsweg unter der Bedingung eröffnen, daß eine

---

[50]) Demnach jeden hoheitlichen Ausspruch eines Staatsorgans, der etwas Neues im Einzelfalle schafft, als Verwaltungsakt begreift.

[51]) Jellinek, VerwR., S. 359.

[52]) a. a. O.

[53]) a. A. Hellwig, zit. b. Hartmann, ArchZivPrax. 109, 177, dagegen Hartmann.

[54]) RGZ. 37, 427ff., 429; anders jedoch vorher RGZ. 23, 344f.

[55]) Hellwig, Lehrb., S. 65.

Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde stattgefunden hat. Vorbilder für eine derartige Gestaltung des Rechtsschutzes findet der Landesgesetzgeber im Reichsrecht. Dort handelt es sich allerdings meist um öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten, die durch positive Bestimmungen unter der Voraussetzung, daß eine Verwaltungsbehörde in der Sache entschieden hat, in den Rechtsweg verwiesen werden. Das Verfahren wird so um eine Instanz verlängert. Es kann der Rechtsweg auch unter der Bedingung zugelassen werden, daß eine Vorentscheidung bestimmten Inhalts erfolgt ist. Die Entscheidung des Rechtsstreits kann auch zwischen zwei verschiedenen Organen geteilt werden, und die Entscheidung der Verwaltungsstelle kann bezüglich des Teils des Rechtsstreits, den sie behandelt, für bindend erklärt werden. — Hartmann[56]) meint, daß eine Streitsache, „abgesehen von dem Falle der Vorentscheidung", einem Verwaltungsorgan immer nur ganz überwiesen werden könne; eine Teilung des Prozeßstoffs (beispielsweise in Tat- und Rechtsfrage) sei unzulässig. Ein Grund für diese Beschränkung ist nicht einzusehen. — Die Teilung der Entscheidung zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörde kann auch in der Weise geschehen, daß dem Verlangen der Verwaltungsbehörde zunächst genügt werden muß, das Geleistete dann aber im Wege der gerichtlichen Klage zurückgefordert werden kann. Man hat das Rechtsinstitut der Vorentscheidung durch Verwaltungsbehörden deswegen eingeführt, weil die Verwaltungsbehörden, deren Verfahren von Formvorschriften weniger stark belastet ist, in der Regel schneller eine Entscheidung treffen können. Man nimmt an, daß die Beteiligten sich in vielen Fällen dieser Entscheidung unterwerfen werden und der Rechtsweg nur in besonders wichtigen Angelegenheiten beschritten werden wird.

6. Häufung von Verwaltungsweg und Rechtsweg.

Verwaltungsweg und Rechtsweg schließen grundsätzlich einander aus[57]). Durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung können die beiden Rechtsschutzmittel dergestalt kumulativ angeordnet werden, daß es dem Kläger freisteht, den Verwaltungsweg oder den Rechtsweg zu beschreiten. So hat in Lübeck bei einer Verwaltungsstreitsache der Kläger die Wahl, ob er die ordentlichen Gerichte oder die Verwaltungsgerichte anrufen will[58]).

7. Reichsrechtliche Beschränkungen der Ueberweisungsbefugnis.

Bei der Ueberweisung privatrechtlicher Streitigkeiten an Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte ist der Landes-

[56]) ArchZivPrax. 109, 182.
[57]) Hartmann, ArchZivPrax. 109, 180; Hofacker, S. 315.
[58]) Fleiner, S. 250.

gesetzgeber an reichsrechtliche Beschränkungen gebunden. So darf nach § 4 EGZPO. der Rechtsweg für eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, „für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist" — das ist eine Privatrechtsstreitigkeit —, nicht deswegen ausgeschlossen werden, weil der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts, beteiligt ist. Dazu muß allerdings bemerkt werden[59]), daß die Landesgesetzgeber die rechtliche Macht haben, — soweit nicht reichsrechtliche Vorschriften dem entgegenstehen — die Rechtsverhältnisse zwischen dem Lande und den Bürgern öffentlich-rechtlich auszugestalten und damit die Zuständigkeit von Verwaltungsorganen zu begründen.

8. Das materielle Recht.

Die an Verwaltungsbehörden überwiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten werden nach materiellem Zivilrecht beurteilt[60]), ebenso wie die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, die auf Grund von Ueberlieferung oder auf Grund ausdrücklicher landesgesetzlicher Bestimmung von den ordentlichen Gerichten entschieden werden, nach materiellem öffentlichen Recht behandelt werden müssen[61]). Die Gefahr, daß die zivilrechtlich geschulten Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit den besonderen Verhältnissen der hoheitlichen Verwaltung nicht gerecht werden, darf nicht verkannt werden.

III. Die Ueberweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte.

1. a) Nach der formellen Theorie zulässig.

Es muß anerkannt werden, daß die Theorie der Formalisten in einer Hinsicht zu einem befriedigenderen Ergebnis führt als die materielle Theorie.

Das Reichsgericht hat während längerer Zeit als Revisionsinstanz über Klagen gegen Hoheitsakte entschieden, die vom Hamburgischen, Bremischen, Lübischen und Braunschweigischen Staat ausgingen. Folgt man der formellen Theorie in der Annahme, der Landesgesetzgeber sei in der Bestimmung des Umfanges des Begriffes der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 völlig frei, so gelangt man zu der Anerkennung jener Praxis. Die Landesgesetzgeber haben dann eben in diesem Falle von ihrer unbeschränkten Befugnis, eine Rechtsstreitigkeit des öffentlichen Rechts zu einer „bürgerlichen" im Sinne des § 13 zu machen, Gebrauch gemacht.

---

[59]) O. Mayer, S. 175; Nebinger, S. 132.

[60]) Stein, Grenzen, S. 21; Schelcher, VerwA. 28, 339.

[61]) Hartmann, ArchZivPrax. 109, 160; Stein, Grenzen, S. 27; Stein-Jonas, S. 3; Nebinger, S. 133.

b) Hartmanns Theorie über das Verhältnis von § 13 GVG. zu § 4 EGGVG.

Zu einem anderen Ergebnis muß man gelangen, wenn man die reichsrechtliche Grundlage für eine Uebertragung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte im § 4 EGGVG. erblickt[62]). Danach kann den ordentlichen Landesgerichten jede Art von Gerichtsbarkeit, die nicht Zivil- und Strafsachen betrifft, übertragen werden. Zu dieser Gerichtsbarkeit gehört auch die in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten. Man kann die Rechtsstreitigkeiten des Verwaltungsrechtes, in denen die ordentlichen Gerichte entscheiden, „gerichtsbare Verwaltungssachen" nennen[63]). Das Motiv zur Schaffung des § 4 EGGVG. war, den Ländern in bezug auf die Gestaltung des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen größtmögliche Freiheit zu lassen. Es sollte ihnen freigestellt bleiben, den Gneistschen Forderungen entsprechend eine von den ordentlichen Gerichten getrennte Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen oder den Bährschen Gedanken folgend die ordentlichen Gerichte zur Rechtsprechung in Verwaltungssachen heranzuziehen, somit den Rechtsschutz in Verwaltungssachen „justizstaatlich" zu gestalten. § 4 EGGVG. gibt dem Landesgesetzgeber nur die Möglichkeit, den ordentlichen Landesgerichten, nicht dem Reichsgericht, öffentliche Rechtsstreitigkeiten zu überweisen. Hält man also eine Uebertragung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten auf die Zivilgerichte allein auf Grund des § 4 EG. für zulässig, so muß man die Revision an das Reichsgericht für unstatthaft erachten.

c) Stein.

Stein[64]) hat den Versuch gemacht, die Mängel der formellen Theorie zu vermeiden und sie sich trotzdem insoweit zu eigen zu machen, als sie geeignet erscheint, die Tatsache der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in den erwähnten Angelegenheiten zu rechtfertigen. Stein meint, der § 13 GVG. weise nicht nur den ordentlichen Gerichten grundsätzlich alle materiell bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zu, sondern enthalte darüber hinaus einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung, den ordentlichen Gerichten — einschließlich des Reichsgerichts — andere als bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zur Behandlung in den Formen des Zivilprozesses, als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten „im formellen Sinne" zuzuweisen[65]). Somit wird nach Stein

---

[62]) Zuerst Hartmann, ArchZivPrax. 109, 162; 113, 149; 121 (1923), 297ff.; ferner O. Mayer, S. 176; Fleiner, S. 15; Hofacker, S. 299; Schelcher, S. 52.

[63]) Schelcher, VerwArch. 28, 345.

[64]) Grenzen, S. 24ff.; Grundriß, S. 81; Stein-Jonas, S. 4, 9; s. auch Goldschmidt, S. 40f.

[65]) Stein, Grenzen, S. 26, Grundriß, S. 81.

der Ausdruck „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" in einem doppelten Sinne gebraucht: einmal materiell als gleichbedeutend mit Zivilrechtsstreitigkeit, einmal formell als nicht zivilrechtliche, aber von den ordentlichen Zivilgerichten in den Formen des Zivilprozesses zu verhandelnde Rechtsstreitigkeit. Stein gibt zu, daß dieser Inhalt des Gesetzes unausgesprochen sei. Die Begründung für seine Meinung findet Stein in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Zur Zeit der Schaffung des Gerichtsverfassungsgesetzes hätten in allen Einzelstaaten Bestimmungen bestanden, die öffentliche Rechtsstreitigkeiten in den Rechtsweg verwiesen. Bei der Beratung des § 13 GVG. sei man sich darüber einig gewesen, daß das Reich hier nicht eingreifen dürfe und diese ganze Gesetzgebung erhalten bleiben müsse. Die Steinschen Gedankengänge ergänzend kann bemerkt werden, daß der Rechtsschutz, den die Länder auf Grund des § 4 EG. bei den ordentlichen Gerichten gewähren können, insofern weniger wert ist als der Rechtsschutz vor 1879, als die landesgerichtliche Revisionsinstanz — z. B. das preußische Obertribunal — weggefallen ist.

d) Stellungnahme zu Hartmann und Stein.

Es darf nicht verkannt werden, daß für die Lehre Hartmanns, eine Uebertragung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten auf das Reichsgericht sei (gemäß § 4 EG.) nicht zulässig, schwerwiegende Argumente sprechen. Von Hartmanns Standpunkt kann Stein mit Recht entgegengehalten werden, daß dessen Annahme, das Wort „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im § 13 GVG. decke zwei Begriffe, reichlich gekünstelt ist. Daß ein Wort Ausdruck für mehrere Begriffe sein kann, ist bekannt; aber daß ein Wort in einem bestimmten Satze zwei verschiedene Begriffsinhalte umfassen kann, ist eine schwer vollziehbare Vorstellung. Wenn man der Auffassung von Stein folgen will, so muß man dem Landesgesetzgeber die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten geben: eine öffentliche Rechtsstreitigkeit als formell bürgerliche gemäß § 13 GVG. in den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen oder den ordentlichen Gerichten gemäß § 4 EG. Verwaltungsgerichtsbarkeit zu übertragen. Warum der Reichsgesetzgeber diese Alternative geschaffen haben sollte, ist nicht ersichtlich. Wenn es dem Landesrecht freisteht, für bestimmte Angelegenheiten Rechtsschutz nur bei den Landesgerichten zu schaffen oder auch das Reichsgericht in seine öffentlich-rechtliche Rechtsschutzorganisation einzubauen, wird es in der Regel den zweiten Weg wählen. Praktisch würde also für die Anwendung des § 4 EG. kein Raum bleiben. Daß aber bei der Schaffung des Gerichtsverfassungsgesetzes gerade damit gerechnet wurde, daß auf Grund des § 4 EG. den ordentlichen Gerichten Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen gegeben werden würde, geht aus den

Materialien des Gesetzes hervor. Vielfach wird aus dem Landesgesetz, das für öffentliche Rechtsstreitigkeiten bestimmter Art den Rechtsweg eröffnet, nicht ersichtlich sein, ob auch das Reichsgericht als Revisionsinstanz oder nur die Gerichte des Landes zuständig sein sollen. Soll man hier mit einer allgemeinen Vermutung helfen, wonach etwa im Zweifel der bessere Rechtsschutz, also auch die Zuständigkeit des Reichsgerichts als Revisionsinstanz, gewährt sein soll? Hartmann kann ferner aus § 3, II EGGVG. ein Argument für seine Lehre ziehen[66]). Wenn die Landesgesetzgebung selbst in gewissen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, bei denen das öffentliche Interesse eine Rolle spielt, auf die Zuständigkeit des Reichsgerichts nicht einzuwirken vermag, so muß ihr diese erst recht dann fehlen, wenn es sich um öffentliche Rechtsstreitigkeiten handelt. — In der Diskussion um das Verhältnis von § 13 GVG. zu § 4 EGGVG. ist viel mit den Begriffen Verwaltungsgerichtsbarkeit im formellen und im materiellen Sinne gearbeitet worden. So hat Stein seine Lehre gegen die Meinung, verwaltungsrechtliche Streitigkeiten könnten nur auf Grund des § 4 EG. den ordentlichen Gerichten übertragen werden, mit der Behauptung zu rechtfertigen versucht, daß Verwaltungsgerichtsbarkeit nur von einer richterlichen Stelle innerhalb der Verwaltungsorganisation geübt werden könne. Der Begriff „Verwaltungsgerichtsbarkeit" sei also rein formeller Art. Hartmann[67]) behauptet demgegenüber, daß es lediglich einen materiellen Begriff der Verwaltungsgerichtsbarkeit gäbe, der gleichbedeutend mit „Rechtsprechung in Verwaltungssachen" sei. Wenn Steins Lehre zutreffend wäre, könnte auf Grund des § 4 EG. den ordentlichen Gerichten überhaupt keine Rechtsprechungsgewalt in Verwaltungssachen übertragen werden, die Bestimmung bezöge sich dann allein auf die Disziplinar- und Staatsgerichtsbarkeit. Das Wort „Verwaltungsgerichtsbarkeit" deckt wie die Worte „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" zwei Begriffe, einen materiellen und einen formellen. Innerhalb der Rechtssprechung in Verwaltungssachen überhaupt bildet die formelle Verwaltungsgerichtsbarkeit, d. i. die Tätigkeit der gerichtsähnlich organisierten Behörden außerhalb der Justiz und der Staatsgerichtsbarkeit einen engeren Kreis. Im § 4 EG. kann nur der materielle Begriff gemeint sein, sonst würde die Bestimmung ihre Bedeutung verlieren, die der Gesetzgeber ihr geben wollte.

e) Vermittelnde Meinungen Schelchers und W. Jellineks.

Eine zwischen Stein und Hartmann vermittelnde Meinung vertritt Schelcher[68]). Er erblickt mit Hartmann die Ermäch-

[66]) ArchZivPrax. 121, 303.
[67]) ArchZivPrax. 109, 185.
[68]) VerwArch. 28, S. 342ff.

tigung zur Uebertragung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die Gerichte nicht im § 13 GVG., sondern im § 4 EG. Trotzdem will er das Reichsgericht als letzte Instanz in diesen Angelegenheiten urteilen lassen. Er begründet seine Auffassung mit einer Zweckmäßigkeitserwägung: wolle man die Revision in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die in den Rechtsweg verwiesen sind, für unstatthaft halten, so müßten die Gerichte in jedem einzelnen Falle prüfen, ob materiell eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben sei. Eine derartige Untersuchung sei aber untunlich, denn über die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht bestände durchaus keine Klarheit. — Man möchte meinen, daß diese Prüfung den Gerichten leicht fallen müßte, denn wenn schon eine ausdrückliche Bestimmung besteht, nach der eine Rechtsstreitigkeit vor die ordentlichen Gerichte gehört, wird anzunehmen sein, daß es sich um eine öffentlich-rechtliche Sache handelt. Privatrechtsstreitigkeiten gehören schon nach der Generalklausel des § 13 GVG. in den ordentlichen Rechtsweg; es wird nicht anzunehmen sein, daß ein Landesgesetzgeber den ordentlichen Gerichten eine solche Rechtsstreitigkeit durch besondere deklaratorische Bestimmung noch einmal zuweist. — Schelcher übersieht vielleicht, daß nach seiner Lehre die Frage nach der rechtlichen Natur einer Streitsache nur für diejenigen Fälle ausgeschaltet wird, in denen eine ausdrückliche Bestimmung besteht, die Rechtssachen der fraglichen Art in den Rechtsweg verweist. Wenn keine ausdrückliche Bestimmung gegeben ist, greift der allgemeine Grundsatz des § 13 ein. Dessen Anwendung ist allerdings nur dadurch möglich, daß man den materiellen Charakter einer Streitsache untersucht.

Nicht unbedenklich in der Begründung ist eine zweite vermittelnde Meinung, die neuerdings von Walter Jellinek aufgestellt worden ist[69]). Danach kann auf Grund des § 13 der Landesgesetzgeber den ordentlichen Gerichten einschließlich des Reichsgerichts öffentliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Gebiete des Vermögensrechtes zuweisen. Der Reichsgesetzgeber habe darauf verzichtet, zu sagen, was er unter bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verstanden wissen wolle, er habe vielmehr in dieser Hinsicht auf die in den Ländern herrschende Auffassung verwiesen. Danach hätten aber vielfach vermögensrechtliche Streitigkeiten, die heute als öffentlich-rechtlich angesehen werden, der Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte unterstanden. Demzufolge müßten die Länder die Möglichkeit haben, durch gesetzliche Bestimmung Streitigkeiten aus dem öffentlichen Vermögensrecht den ordentlichen Gerichten einschließlich des Reichsgerichts zuzuweisen.

---

[69]) Verwaltungsrecht, S. 47.

Bedenklich an dieser Lehre ist zunächst, daß die Fiskustheorie, von der Jellinek ausgeht, im 8. Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts zwar herrschend, keineswegs aber unbestritten war[70]). Es ist deshalb durchaus nicht sicher, ob von allen deutschen Gerichten die vermögensrechtlichen Streitigkeiten für öffentlich-rechtlich angesehen wurden. Noch eine andere Unstimmigkeit liegt in Jellineks Beweisführung. Es handelt sich doch darum festzustellen, ob § 13 einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung enthält, durch besondere Bestimmungen eine öffentliche Rechtsstreitigkeit in den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen. Mit Jellineks Argumentation könnte man aber nur zu dem Ergebnis gelangen, daß vermögensrechtliche öffentliche Rechtsstreitigkeiten ipso jure vor die ordentlichen Gerichte gehören, weil sie von dem Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" des § 13 GVG. nach dem in den Materialien erkennbar gewordenen Willen des Reichsgesetzgebers mitumfaßt werden. Wenn die öffentlich-rechtlichen Vermögensstreitigkeiten aber eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 darstellen, ist eine ausdrückliche Zuweisung überflüssig und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Bei Jellinek scheint eine Verwechslung der hier interessierenden Frage mit dem Problem der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne vorzuliegen[71]).

f) Ein Lösungsversuch.

Es wurde festgestellt: die Theorien, die die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Reichsgerichts durch Landesgesetz zu begründen, aus dem Gerichtsverfassungsgesetz herleiten wollen, sind in ihrer Begründung widerspruchsvoll. Die gegenteilige Meinung Hartmanns ist, wenn man allein das Gesetz zugrunde legt, überzeugend; sie ist im Ergebnis insofern unbefriedigend, als sie eine jahrzehntelange Praxis des Reichsgerichts, die berechtigten Interessen entspricht, als nicht dem geltenden Recht entsprechend ansieht. Sie hat keine Aussicht, sich durchzusetzen. Eine logisch befriedigende Begründung dafür, daß das Landesgesetz auch dem Reichsgericht öffentliche Rechtsstreitigkeiten überweisen kann, läßt sich aus dem Gedanken herleiten, daß sich hier ein entsprechendes Gewohnheitsrecht gebildet hat. Ueber drei Jahrzehnte lang hat das Reichsgericht unangefochten in öffentlichen Rechtsstreitigkeiten geurteilt. Dann entdeckte Hartmann überhaupt erst das Problem, ob dies zulässig sei. Man wird annehmen dürfen, daß das Gewohnheitsrecht, welches sich hier gebildet hat, durch die Kritik Hartmanns nicht mehr erschüttert werden konnte.

---

[70]) s. unten S. 44, 54.

[71]) s. unten, S. 57 ff.

2. *Zulässigkeit des Vorentscheids.*

So wie das Landesrecht den ordentlichen Rechtsweg für öffentliche Rechtsstreitigkeiten unbeschränkt eröffnen kann, hat es auch die Möglichkeit, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten von einem Vorentscheid abhängig zu machen. Für diesen Vorentscheid gilt entsprechend das, was über den Vorentscheid in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gesagt wurde[72]). Einem irgendwie gearteten Vorentscheid darf aber nicht die Wirkung beigelegt werden, den Rechtsweg völlig auszuschließen, wenn das Reichsrecht den Rechtsweg eröffnen kann. Das ist z. B. geschehen durch die Art. 129, 131, 153 RV., und den § 9 GVG.

3. *Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.*

Fraglich und bestritten ist, nach welchen Verfahrensvorschriften die der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte unterfallenden öffentlichen Rechtsstreitigkeiten zu verhandeln sind. Maßgebend für die Entscheidung der Frage ist § 3 EGZPO., wonach die Zivilprozeßordnung auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, die vor die ordentlichen Gerichte gehören. Ist der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" in dieser Bestimmung im materiellen oder formellen Sinne gemeint? — Schelcher meinte früher[73]), die den ordentlichen Gerichten auf Grund des § 4 EGGVG. übertragene Gerichtsbarkeit werde von ihnen nicht als Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern als Teil ihrer allgemeinen streitigen Gerichtsbarkeit in den für diese bestimmten Formen ausgeübt, es dürfe demnach ausschließlich die Zivilprozeßordnung angewandt werden.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Hartmann[74]). Ihm ist zuzustimmen, wenn er sagt: es wäre widersinnig, wenn der Gesetzgeber dem weiten Vorbehalt des § 4 EGGVG., der die Zuständigkeit regelt, stillschweigend das Verbot beigegeben hätte, für die übertragenen Angelegenheiten besondere Verfahrensvorschriften zu überlassen. Im § 15 EGZPO. hat der Reichsgesetzgeber dem Landesgesetzgeber gestattet, selbst für gewisse Arten von privatrechtlichen Rechtsstreitigkeiten abweichende Verfahrensvorschriften zu erlassen. Die Rechtsstreitigkeiten, die § 15 nennt, sind in der Praxis vielfach von besonderem öffentlichen Interesse. Auf sie paßt nach Ansicht des Reichsgesetzgebers die Verhandlungsmaxime nicht. Aus dem gleichen Grunde ist auch

---

[72]) s. oben, S. 16 f.

[73]) Schelcher, S. 57; dieser Standpunkt ist von Schelcher später (VerwArch. 28, 344) dahingehend revidiert worden, daß lediglich eine Vermutung für die Behandlung öffentlicher Rechtsstreitigkeiten in den Formen des Zivilprozesses spräche. Vgl. auch Otto Mayer, 2. Aufl., I, 181.

[74]) ArchZivPrax. 121 (1923), 300.

reichsrechtlich das Verfahren in Ehe-, Kindschafts-, Entmündigungssachen nach dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung geordnet. Bei öffentlichen Rechtsstreitigkeiten spielt das öffentliche Interesse vielfach eine ganz besondere Rolle. Es muß deshalb angenommen werden, daß das Landesrecht das Verfahren, das die ordentlichen Landesgerichte in öffentlichen Rechtsstreitigkeiten zu befolgen haben, abweichend von der Zivilprozeßordnung regeln darf.

Vielfach werden jedoch die Landesgesetze, die eine öffentliche Rechtsstreitigkeit den ordentlichen Gerichten übertragen, keine Bestimmung darüber treffen, ob die Zivilprozeßordnung oder andere Verfahrensnormen Anwendung finden sollen. Man wird in solchen Fällen annehmen müssen, daß der Landesgesetzgeber durch sein Schweigen auf diejenigen Vorschriften hat hinweisen wollen, die in der Regel für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten maßgebend sind. Das sind die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung. — Der Meinung Hartmanns[75]), die Zivilprozeßordnung fände auch dann keine Anwendung, wenn die Landesgesetze schweigen, kann nicht gefolgt werden. Wollte man Hartmann in diesem Punkte zustimmen, so müßte man anerkennen, daß das Landesrecht im Hinblick auf das Verfahren in öffentlichen Rechtsstreitigkeiten zahlreiche Lücken aufwiese. Daß die Anwendung der Zivilprozeßordnung auf öffentliche Rechtsstreitigkeiten vom Reichsgesetzgeber als unbedenklich betrachtet wird, zeigt § 8 der GeschäftsO. für den . . . . . vom 6. 12. 1921 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom ————————. Wenn die Anwendung der Zivilprozeßordnung selbst bei staatsrechtlichen Streitigkeiten unbedenklich erscheint, muß sie um so eher in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten angewandt werden können, bei denen im Regelfall eine der beteiligten Personen eine Privatperson ist. Man kann den Gerichten nicht zumuten, alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, für die keine ausdrückliche Bestimmung getroffen worden ist, nach den Normen des Verwaltungsstreitverfahrens zu verhandeln. Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden diese Vorschriften vielfach nicht genügend kennen, um Fehler vermeiden zu können.

Hartmann meint, in dem Landesgesetz, das das Verfahren in öffentlichen, in den Rechtsweg verwiesenen Rechtsstreitigkeiten regelt, dürfe nichts über die Tätigkeit von Rechtspflegeorganen außerhalb des betreffenden Landes bestimmt werden. Es könnten somit die Gerichte anderer Länder nicht zur Rechtshilfe verpflichtet werden. Das ist insoweit richtig, als keine Bestimmungen getroffen werden können, die die Gerichte anderer Länder zu einer Rechtshilfe verpflichten, die über die Rechtshilfepflicht des Gerichtsverfassungsgesetzes hinausgeht. Soweit je-

[75]) ArchZivPrax. 121, 301.

doch eine Verpflichtung zur Rechtshilfe auf Grund des Gerichtsverfassungsgesetzes besteht, besteht sie auch gegenüber einem Gericht, das gerade einen öffentlich-rechtlichen Prozeß zu entscheiden hat. Wenn der Reichsgesetzgeber den Ländern die ordentliche Gerichtsorganisation zur Erledigung ihrer öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zur Verfügung stellt, so will er ihnen damit alle Mittel geben, mit denen diese Rechtsschutzorganisation im Regelfalle arbeitet. Wollte man Hartmann folgen, so müßte man von dem um Rechtshilfe ersuchten Gericht verlangen, daß es prüfte, ob eine bürgerliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit vorläge. Im zweiten Falle müßte es das Rechtshilfeersuchen als unzulässig ablehnen. Diese Prüfung würde ein Einarbeiten in den gesamten Prozeßstoff erforderlich machen und wäre vielfach nicht ohne Kenntnis des öffentlichen Rechtes des Landes möglich, dem das ersuchende Gericht angehört. Die Anwendung der Hartmannschen Lehre würde somit eine starke Mehrbelastung der Gerichte zur Folge haben. Rechtsunsicherheit und Prozeßverschleppung würden die Folgen sein.

4. Maßgeblichkeit der Klage oder des Streitinhalts für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs.

Es bleibt zu untersuchen, wonach beurteilt werden soll, ob eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Die in der Theorie durchaus und auch in der Praxis lange Zeit herrschende Meinung sagte, es käme allein auf die vom Kläger geltend gemachte Rechtsfolge, den Streitgegenstand, an[76]). Entscheidend seien sonach die klagbegründenden Tatsachen, die der Kläger anführt, und der Klagantrag, den er stellt. Von Stölzel[77]), einem Anhänger dieser Lehre, wird ausdrücklich festgestellt, daß der „eigentliche Streitpunkt" nicht maßgebend sei. Diese Auffassung steht aber mit der Zivilprozeßordnung nicht in Einklang. Das Gericht hat in jedem Stadium des Verfahrens die Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen. Es hat sich somit nicht nur dann für unzuständig zu erklären, wenn sich die Unzulässigkeit des Rechtswegs aus der Klage ergibt, sondern auch dann, wenn sich infolge einer Klageerweiterung, Klageänderung oder des Vorbringens des Beklagten herausstellt, daß um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis gestritten wird[78]). Diese Meinung wird neuerdings auch vom Reichsgericht[79]) vertreten: für die Frage der Zulässigkeit

[76]) Wach, S. 107ff. (mit weiteren Zitaten); Hellwig, System, S. 43; Stein, Grenzen, S. 34; K. Mayer, Württ. Z. 1929 (71), S. 1; K. Herrmann, ZöffR. 1929 (VIII), S. 325ff.; Stein-Jonas, S. 9.

[77]) HStVR. III, S. 228.

[78]) Aehnl. schon Prazak, S. 304; Vierhaus, S. 242; neuerdings O. Schmidt, Württ. Z. 71 (1929), S. 277.

[79]) RGZ. 103, 134, 117 (1927), 236.

des Rechtswegs sei der materielle Inhalt des Streites der Parteien entscheidend; dieser ergäbe sich aus der Gegenüberstellung dessen, was von beiden Seiten in Anspruch genommen werde. Für diese Auffassung spricht insbesondere, daß sie es dem Kläger unmöglich macht, durch eine geeignete „Frisur" einer öffentlichen Rechtsstreitigkeit einen zivilistischen Anstrich zu geben und sie dadurch dem ordentlichen Rechtsweg zugänglich zu machen.

IV. Zuständigkeit in Strafsachen.

1. Begriff der „Strafsache" in § 13 GVG.

Außer den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten werden den ordentlichen Gerichten in § 13 GVG. die Strafsachen zur Entscheidung zugewiesen. Wenn man den Begriff der Strafsachen feststellen will, muß man sich zunächst fragen, von welchen anderen Begriffen er abgegrenzt werden soll. Im Gegensatz zu den Strafsachen im Sinne des § 13 GVG. stehen die Disziplinarsachen und die Zwangsstrafen in der Verwaltung, auch Beuge- oder Exekutivstrafen genannt. Als unbrauchbar, weil zu allgemein gehalten, wird man diejenigen Definitionen der Strafsache ablehnen müssen, die auf den erwähnten Gegensatz nicht eingehen, so die Ullmanns[80]):

> „Als Strafsachen sind die mit Strafe bedrohten Zuwiderhandlungen gegen jene Imperative zu betrachten, welche zum Schutze der allgemeinen Rechtsordnung von den verfassungsmäßig dazu berufenen Organen erlassen sind";

die von Otto Mayer[81]): „Unter Strafsache verstehen wir ein Verfahren zur obrigkeitlichen Verhängung eines rechtssatzmäßig angedrohten Uebels für mißbilligtes Verhalten", und die von Hellwig[82]): Erledigung von Strafsachen ist „die Aburteilung über das dem Staate zustehende Recht zur Verhängung einer öffentlichen Strafe und die Vollziehung der öffentlichen Strafe". Dem Schutz der allgemeinen Rechtsordnung dienen auch die die Androhung einer Strafe enthaltenden Polizeigesetze, ein mißbilligtes Verhalten, das zur Verhängung eines rechtssatzmäßig angedrohten Uebels führt, ist auch das Nichtbefolgen einer dienstlichen Verpflichtung, das zur Verhängung einer Disziplinarstrafe führt. Auch die Definitionen Hellwigs und Labands[83]) umfassen sämtliche denkbaren Kategorien von Strafsachen.

Da die allgemeinen Definitionen nicht imstande sind, das Wesen der Kriminalstrafsachen zu erfassen, muß versucht werden, den Inhalt dieses Begriffs durch ein Subtraktionsverfahren zu gewinnen. Es wird festzustellen sein, inwiefern Disziplinar-

---

[80]) S. 93.
[81]) S. 173.
[82]) Lehrbuch, S. 39.
[83]) Laband III, 382.

strafen und Zwangsstrafen sich von der Kriminalstrafe unterscheiden. Der Begriff der Kriminalstrafe wird festzulegen sein als der einer Strafe, die nicht die für einen der anderen Begriffe wesentlichen Merkmale trägt. Zunächst muß gefragt werden, ob materielle Kriterien der Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen bestehen. Kries[84]) und Stein[85]) sehen das Wesen der Disziplinarvergehen in der Verletzung besonderer, aus der Zugehörigkeit zu bestimmten Lebenskreisen entspringenden Pflichten. Die öffentliche Ordnung werde durch die Disziplinarvergehen nicht gestört. Nun gibt es aber auch Kriminalstraftatbestände, die nur derjenige verwirklichen kann, der einem besonderen Lebenskreis angehört, so die Beamtendelikte, der Heuervertragsbruch usw. Da eine materielle Abgrenzung der Disziplinarsachen von den Kriminalstrafsachen nicht möglich ist, bleibt nur die Möglichkeit, ein formelles Kriterium zu wählen: Disziplinarstrafsachen sind danach solche, die nach einem der Disziplinargesetze des Reichs oder der Länder beurteilt werden.

Die Zwangsstrafen können von den Kriminalstrafen durch ein materielles Unterscheidungsmerkmal abgegrenzt werden. Die Exekutivstrafen sind nämlich nicht Rechtsfolge eines Delikts, sondern Mittel zur Herbeiführung eines bestimmten Handelns und Unterlassens. Ein Beispiel dafür bietet § 37 HGB. Isaak[86]) hat versucht, die Zwangsstrafe als echte Kriminalstrafe zu konstruieren. Das Verfahren, welches die Verhängung einer Zwangsstrafe bezweckt, ist sonach nach Isaak eine Strafsache im Sinne des § 13 GVG. Um die Verhängung von Zwangsstrafen durch die Verwaltungsbehörden zu rechtfertigen, müßte Isaak annehmen, daß der § 13 GVG. dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit gäbe, in unbeschränktem Maße Strafsachen an die Verwaltungsbehörden zu übertragen. Daß diese Auffassung nicht im Sinne des Gesetzes liegt, wird unten gezeigt werden. Die Konstruktion Isaaks, die Zwangsstrafe sei eine echte Kriminalstrafe, entspricht nicht dem Sinn der Gesetze, die Behörden zur Verhängung von Exekutivstrafen ermächtigen. Stein[87]) weist mit Recht darauf hin, daß die Folge der Auffassung Isaaks sei, daß eine Exekutivstrafe auch dann vollstreckt werden müsse, wenn die zu erzwingende Handlung inzwischen vorgenommen worden sei. Als Strafsache im Sinne des § 13 GVG. wird man somit bezeichnen müssen ein Verfahren zur Herbeiführung eines rechtssatzmäßig angedrohten Uebels, welches nicht in einem Disziplinargesetz angedroht ist und nicht ausschließlich zur Herbeiführung eines Wohlverhaltens in der Zukunft dient, sondern zur Sühne eines in der Vergangenheit liegenden gemißbilligten Verhaltens.

---

[84]) S. 68.
[85]) Grenzen, S. 51.
[86]) ZStW. 21, S. 625.
[87]) Grenzen, S. 48.

2. *Ueberweisungsbefugnis an Verwaltungsorgane.*

Stein[88]) hat behauptet, § 13 GVG. gäbe der Landesgesetzgebung die Möglichkeit, auch Strafsachen im unbeschränkten Maße an die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu verweisen. „Wenn heute ein Bundesstaat ein Gesetz erlassen würde des Inhalts: „Alle Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches (oder über alle Verbrechen) entscheidet in erster Instanz der Landrat....", so wäre ein solches Gesetz dem Reich gegenüber gültig." Es muß zugegeben werden, daß man allein aus dem Wortlaut des Gesetzes diese Auffassung ableiten könnte. Der Sinn des § 13 geht aber nicht so weit wie sein Wortlaut. Schon in der Kommission des Reichstages wurde von dem Abg. Struckmann die Fassung des § 2 des Regierungsentwurfs (§ 13 d. Ges.) mit der Begründung abgelehnt, daß die Einzelstaaten nach Annahme des Regierungsentwurfs in unbeschränktem Maße den Verwaltungsbehörden Strafgerichtsbarkeit übertragen könnten[89]). Diese Auslegung des § 2 wurde aber von dem preußischen Regierungsvertreter Schmidt[90]) abgelehnt: der Entwurf wolle eine Strafgerichtsbarkeit von Verwaltungsbehörden nur insoweit zulassen, als die §§ 381, 386 StPO. und § 6, Nr. 4 StPO. dies zuließen. Die Erwähnung der Strafsachen in dem Vorbehalt des § 2 des Regierungsentwurfs sei redaktionell notwendig, um die vorbehaltenen Fälle zu decken. Es würde sonst ein formeller Widerspruch zwischen dem Gerichtsverfassungsgesetz und der Strafprozeßordnung bestehen. Dieser Auffassung schlossen sich während der Beratung Reichensperger, Hänel und Miquél an[91]). In diesem Sinne wird man auch heute noch den § 13 GVG. auslegen müssen. Strafsachen dürfen demnach nur insoweit an die Landesverwaltungsbehörden verwiesen werden, als dies in den Formen des durch die Strafprozeßordnung geregelten polizeilichen Strafverfügungsverfahren und des finanzbehördlichen Strafbescheidsverfahrens geschieht[92]). Dieses Resultat läßt sich allerdings nicht begründen mit dem Hinweis auf § 6 EGStPO., wonach alle prozeßrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze außer Kraft treten, und dem Bemerken, daß diese Vorschrift wirkungslos wäre, wenn die Landesgesetzgebung neue Prozeßvorschriften auf Grund des § 13 GVG. einführen könnte. Zunächst ist überhaupt fraglich, ob die Ueberweisung einer Strafsache an eine Verwaltungsbehörde als prozeßrecht-

[88]) Grenzen, S. 23; vgl. auch Laband, III, 382; Gerland, S. 29f.; Dohna, 2. Aufl., S. 231.

[89]) Hahn, S. 675.

[90]) Hahn, S. 676.

[91]) Hahn, S. 678 und 1140.

[92]) Löwe-Rosenberg, Bem. 4 zu § 13 GVG.; Kern, Gesetzlicher Richter, S. 169; Hänel, S. 734.

liche Bestimmung aufzufassen wäre. Auch treten nach § 6 EG. die prozeßrechtlichen Bestimmungen nur für Strafsachen außer Kraft, deren Entscheidung gemäß § 3 EG. nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu erfolgen hat. § 3 bestimmt, daß die Strafprozeßordnung auf alle Strafsachen angewandt werden müsse, die vor die ordentlichen Gerichte gehören. Hier würde es sich aber um Strafsachen handeln, die den Verwaltungsbehörden übertragen sind. Auf die Zuständigkeitsregelung wollen die §§ 3, 6 EGStPO. sonach nicht einwirken.

II. Hauptteil. Der Begriff der Privatrechtsstreitigkeiten.

A. Abgrenzung von den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" steht im Gegensatz zu dem der „Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit". Der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist sehr alt; er stammt aus dem römischen Recht (jurisdictio voluntaria, 1, 2 Dig. 1, 16). Die Abgrenzung der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der streitigen ist schwierig. Beide haben gemeinsam, daß sie sich mit Privatrechtsverhältnissen befassen und stehen insofern in einem Gegensatz zur öffentlichen Verwaltung (im materiellen Sinn). Verfehlt wäre es, die Unterscheidung auf das Moment der Freiwilligkeit aufzubauen. So kann z. B. die Eintragung einer Firma in das Handelsregister — eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit — durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Ebensowenig ist die Beurkundung eines Kaufvertrags über ein Grundstück freiwillig, denn der Kaufvertrag ist ungültig, wenn er nicht beurkundet wird. Auch gibt es Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen sehr wohl „gestritten" wird, so z. B. der Streit um die vom Gesetz abweichende Art des Pfandverkaufs (§ 1246, II BGB., § 166 FGG.) und gewisse familienrechtliche Streitigkeiten (§§ 1308, 1357, 1629, 1635 BGB.). Es gibt auch einen Fall der Konkurrenz zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit (§ 309 HGB., § 144 FGG.; Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft). Anderseits gibt es Prozesse, in denen nicht gestritten wird, z. B. wenn der Beklagte nicht erscheint und ein Versäumnisurteil ergeht oder wenn er den klageweise geltend gemachten Anspruch anerkennt. Deshalb ist auch gesagt worden[93]), die streitige Gerichtsbarkeit habe ihren Namen nicht deshalb, weil in ihr gestritten werde, sondern weil die rechtliche Möglichkeit eines Streites bestehet.

Wenn man ein Unterscheidungsmerkmal sucht, das nur das Typische trifft, aber keineswegs exakt ist, so mag man an den

[93]) Laband, III, 370f.

Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit anknüpfen und sagen: die Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht nicht wie die der streitigen Gerichtsbarkeit in der Entscheidung eines Streites durch ein Urteil, das feststellt, was rechtens sei, sondern in der Entfaltung einer präventiven rechtsbegründenden Tätigkeit, die dem Schutz, der Förderung und der Sicherung von Privatrechten diene („Rechtspolizei")[94]). So führen die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewisse Register, sie beurkunden Rechtsgeschäfte, sie sorgen für die Rechtsangelegenheiten schutzbedürftiger Personen durch Führung von Vormundschaften und Pflegschaften, sie wirken mit bei der Abwicklung von Privatrechtsverhältnissen (Erbschaftsteilung). Dieser Regel entsprechen nicht die zivilprozessualen Gestaltungsurteile, das zivilprozessuale Aufgebots- und Entmündigungsverfahren und die Rechtsstreitigkeiten, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiesen sind. Ebenfalls nur den Wert einer das Typische treffenden Beschreibung hat eine Aussage, die an eine Unterscheidung der Mittel der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit anknüpft. Die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit sind im Regelfall der materiellen Rechtskraft fähig, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht. Letztere ähneln darin den Verfügungen der Verwaltungsbehörden. Dieses Kriterium bewahrheitet sich auch bei einem Vergleich der Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem zivilprozessualen Gestaltungsurteil. Diesem liegt ein subjektives Recht einer der beteiligten Parteien auf Rechtsgestaltung zugrunde, jener nicht. Da nun das Wesen der materiellen Rechtskraft in der bindenden Feststellung eines Rechts liegt, können die Entscheidungen der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine materielle Rechtskraft haben[95]). Regelwidrig sind die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit, die der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind wie die Entscheidungen im Aufgebot- und Entmündigungsverfahren, im Konkursverfahren und das Vollstreckungsurteil[96]).

Man wird sonach in Ermangelung eines durchgreifenden materiellen Unterscheidungsmerkmals mit der herrschenden Lehre allein auf das positive Recht abstellen müssen und sagen: „Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört jede Mitwirkung der Gerichte in bürgerlich-rechtlichen Angelegenheiten, soweit sie nicht durch das positive Recht der streitigen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist."[97])

---

[94]) Stier-Somlo, S. 65.

[95]) Lent, S. 2.

[96]) Wach, S. 49.

[97]) Schlegelberger, Komm. z. FGG., S. 2; Engelmann, S. 7; Weismann, S. 24f.; Hellwig, Lehrb., S. 75; Stein, Grundriß, S. 82; Oertmann, S. 13ff.

B. Abgrenzung von den öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. Allgemeines und Methodik.

I. Geschichtliche Entwicklung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im materiellen Sinne ist eine Streitigkeit, bei der die Anwendung privatrechtlicher Normen in Frage steht. Das Privatrecht wird üblicherweise einer anderen Gruppe von Rechtssätzen gegenübergestellt, dem öffentlichen Rechte. Der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht findet sich schon bei römischen Juristen[98]). Er hat jedoch für das römische Recht kaum jene grundlegende Bedeutung gehabt wie für das moderne Recht Deutschlands. Insbesondere gab es im römischen Recht keine Rechtssätze, die die Begriffe „jus privatum" und „jus publicum" verwandten, wie der § 13 GVG. Es handelte sich um eine ausschließlich wissenschaftliche Einteilungskategorie. Es bestand nicht, wie im modernen Recht, die zwingende Notwendigkeit der Praxis, die Begriffe zu interpretieren. — Dem germanischen Mittelalter war die Einteilung in öffentliches und privates Recht fremd, es behandelte alle rechtlicher Regelung bedürftigen Lebensverhältnisse nach einem einheitlichen Normensystem. Mit der Herausbildung einer zentralisierten Staatsgewalt unter dem Absolutismus entstand die Tendenz, den Fürsten, der alle Staatsgewalt in sich vereinigte, von den rechtlichen Bindungen, mit denen das Mittelalter ihn umgeben hatte, zu befreien. Der politischen Entwicklung entsprach eine Theorie vom öffentlichen Recht, die rechtliche Bindungen nur im Verkehr der Untertanen untereinander anerkannte. Das Bestreben der den Fürsten dienenden Juristen, das Staatsoberhaupt über die Rechtsordnung zu stellen, wurde durch die Rezeption des römischen Rechts, das als eine Privatrechtsordnung rechtliche Befehlssätze nur im Verkehr der Untertanen untereinander kannte, erleichtert.

Gegen die Losgelöstheit des Staates von jeglicher rechtlichen Bindung richtete sich der Kampf der Aufklärung und des Frühliberalismus. In dem Maße, in dem seine Vertreter zu politischem Einfluß gelangten oder wie die seinen Prinzipien folgenden Juristen Einfluß auf die Gesetzgebung und die Rechtsprechung erhielten, geschah die Ausbildung eines eigentlichen öffentlichen Rechts. Auch der Staat wurde zum Adressat von Rechtssätzen, auch er durfte im Verkehr mit den Untertanen bei Verfolgung seiner Interessen die durch das Gesetz bestimmten Schranken nicht überschreiten. Der Rechtszustand, der sich nach dem Siege der liberalen Ideen herausgebildet hat, ist nicht der gleiche wie der, der das Mittelalter beherrscht hatte. Die Rechts-

[98]) Anm. 132, S. 45.

sätze, die das Verhältnis des Staates und anderer öffentlich-rechtlicher Verbände zu den ihrer Gewalt unterworfenen Bürgern regeln, haben anderen Charakter als die Normen, die den Verkehr der Bürger untereinander beherrschen. Die Durchführung der Aufgabe des Staates, seine Macht zum Schutze der von den maßgebenden Gesellschaftsschichten anerkannten Interessen zu verwenden, wird dadurch erleichtert, daß ein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz, der das Recht der Gegenwart unbedingt beherrscht, dem Staate die Macht gibt, den hoheitlichen Akten, mit denen er in die Rechtssphäre des Individuums eingreift, die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit zu verleihen. Das ist im wesentlichen ein prozeßrechtlicher Grundsatz, der ein- für allemal den sich in seinen Rechten beschränkt fühlenden Bürger in die Rolle des Angreifers verweist. Da dieser Grundsatz aber nur dann Anwendung findet, wenn ein Staatsakt auf Grund bestimmter materieller Normen, derer des öffentlichen Rechts, erlassen ist, bedingt er zugleich eine Einteilung der Rechtssätze in solche privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Art. Das moderne Recht trägt somit nicht monistischen Charakter wie das Recht des Mittelalters, sondern wird von dem Dualismus öffentliches und privates Recht beherrscht, auf den auch die grundlegende Zuständigkeitsbestimmung des § 13 GVG. abstellt.

II. Kelsens monistische Theorie und ihre Kritik.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß in der vorliegenden Arbeit die Theorie Kelsens und seiner Schule, der Dualismus habe in der Rechtsordnung eines Rechtsstaates keinen Raum, abgelehnt wird[99]). Die zentrale These der Kelsenschen Lehre ist, daß ein rechtliches Uebergewicht des Staates über den Bürger juristisch undenkbar sei, denn entweder würden die Beziehungen zweier Rechtssubjekte durch das Recht geregelt, dann seien diese notwendig gleichgeordnet, oder es handele sich um ein reines Machtverhältnis. Den Unterschied von privatem und öffentlichem Recht hält Kelsen für gleichbedeutend mit dem zwischen dem Recht und einer politischen Macht, die sich mit Hilfe einer opportunen juristischen Theorie durchsetzen wolle. Wenn die „Mehrwerttheorie" den behördlichen Akten höheren Rechtswert beimesse als privatrechtlichen Rechtsgeschäften, so geschähe dies weniger deshalb, um die Systematik des positiven Rechts zu fördern, als „um an das positive Recht ein politisches Prinzip heranzubringen, mit dessen Hilfe bestimmte, von diesem politischen Standpunkt aus erwünschte Ergebnisse erzielt werden" sollten[100]). Der Satz, daß obrigkeitliche Akte die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hätten, sei zwar

[99]) Vgl. vor allem Arch. f. öff. R. 31 (1913), S. 53ff., 190ff.
[100]) Allg. Staatslehre, S. 86.

als positiver Rechtssatz denkbar, fehle aber im geltenden Recht[101]). Daß dies nicht der Fall ist, daß vielmehr das geltende Gewohnheitsrecht einen Rechtssatz dieses Inhalts kennt, ergibt sich aus dem Schrifttum und der Rechtssprechung, deren übereinstimmende Meinung für die Entscheidung dieser Frage maßgebend sein muß.

Gegen Kelsen muß gesagt werden, daß die Stärkung der Rechtsstellung eines an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjektes so lange unbedenklich ist, als dies mittels einer juristisch exakten Formel geschieht. Mit der Bindung des Staates an die Rechtsordnung ist durchaus vereinbar, daß der Staat mit stärkeren Befugnissen ausgestattet ist als andere Rechtssubjekte[102]). Zuzustimmen ist auch der Kritik von Walz[103]) an Kelsen: bei den Vertretern der von Weyr und Kelsen begründeten monistischen Theorie läge eine einseitige „Einengung des Rechtsbegriffs" vor, die von zivilistischen Vorurteilen beherrscht wäre und dabei übersähe, „daß dem Rechtsgedanken noch unendlich viele andere positive Gestaltungsformen zur Verfügung stehen, die darum nicht weniger den Charakter des Rechts tragen, weil sie sich nicht des typisch zivilistischen Rechtsschutzapparates bedienen". Zur Widerlegung Kelsens ist aber nicht erforderlich der Nachweis, den Walz versucht, daß nämlich die absolute Staatsordnung genau so ihr eigenes Rechtssystem besäße wie die vollendete Demokratie. Autokratische und demokratische Rechtserzeugung bedeutet nach Walz lediglich einen Gegensatz innerhalb des Rechtssystems, niemals aber einen Gegensatz von Macht und Recht. Der Rechtscharakter des „jus publicum" des Absolutismus wird aber von Kelsen in zutreffender Weise nicht lediglich deswegen geleugnet, weil das Volk damals an der Rechtserzeugung unbeteiligt war, sondern weil infolge der Vereinigung aller Staatsgewalt in der Person des Fürsten für den Staat keinerlei Rechtsschranken bestanden. Das negative Sollensgebot, das das Wesen des Rechtes ausmacht, richtete sich im Zeitalter des Absolutismus nicht an den Staat. Wenn man der Kelsenschen Lehre folgen wollte, so müßte man auf die Interpretation aller Bestimmungen des geltenden Rechts verzichten, die die Begriffe „öffentliches" oder „bürgerliches" Recht enthalten. Das kann selbstverständlich kein Beweis sein gegen die Richtigkeit der Auffassung Kelsens. Es sollte jedoch die Tatsache, daß das geltende Recht von dem Vorhandensein des Unterschiedes zwi-

[101]) Allg. Staatslehre S. 87; in der Ablehnung des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht ist Weyr, Arch. f. öff. R. 23, S. 561, 572ff.; Grünhuts Zeitschr. 1914, S. 183 zuvorgekommen. Anklänge an Kelsen auch bei Waldecker S. 359ff., insbes. S. 361, 365, 376. Weiteres über Anhänger und Kritiker Kelsens bei Herrnritt S. 59; Jacobi S. 196, Weyr S. 182, Walz S. 137.

[102]) Jedlicka S. 15.

[103]) S. 37ff.

schen öffentlichem und privatem Recht in grundlegenden Bestimmungen ausgeht, ein Anlaß sein, nichts unversucht lassen, die Grenzlinie zwischen beiden Rechtskategorien wenigstens annäherungsweise zu bestimmen, um so einen Sinn in jene Bestimmungen hineinzutragen[104]).

III. Allgemeines über die Methode der Abgrenzung.

1. Der Umfang des Begriffs der Privatrechtsstreitigkeit.

Vor der Erörterung der verschiedenen Theorien über den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht sind einige methodische Bemerkungen über die Behandlung der Frage am Platze. Aufgabe ist die Abgrenzung zweier Begriffe. Ein Begriff hat einen Inhalt und einen Umfang. Der Inhalt oder das Wesen eines Begriffes ist die Summe der für ihn als charakteristisch erachteten Merkmale, die in der Definition vereinigt werden. Den Umfang eines Begriffes bilden alle Einzelerscheinungen, die unter ihn subsumiert werden sollen[105]). Dasselbe Wort kann Begriffe mit verschiedenem Umfange und demzufolge auch verschiedenen Inhalt decken. Wenn man das Wesen eines Begriffes feststellen will, d. h. wenn man einen Begriff definieren will, muß man seinen Umfang kennen. Für den Umfang des Begriffes der privatrechtlichen Streitigkeiten kommt zunächst der Kreis derjenigen Rechtsstreitigkeiten in Betracht, die von der überwiegenden Mehrheit der Theoretiker und der Gerichte als privatrechtlich anerkannt werden. Das sind vor allem Rechtsstreitigkeiten, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Handelsgesetzbuch, der Wechselordnung usw. zu entscheiden sind. Wenn das Wesen dieser Rechtsstreitigkeiten festgestellt sein wird, wird man die Rechtsstreitigkeiten, deren Charakter zweifelhaft ist, daraufhin untersuchen müssen, ob auf sie die gefundene Definition der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten paßt, und je nach dem Ausfall dieser Prüfung die fragliche Rechtsstreitigkeit der einen oder anderen Gruppe zuteilen müssen.

Anders wird man vorzugehen haben, wenn man bedingungslos den Ausführungen Weyrs[106]) folgt. Weyr sieht den Gegensatz der naturwissenschaftlichen und der geisteswissenschaftlichen Methode darin, daß es Aufgabe der naturwissenschaftlichen Betrachtung sei, die Fülle der real-existenten Einzelerscheinungen wissenschaftlich zu analysieren und zu schematisieren. Rechtsbegriffe existierten aber nirgends in der Welt. Welcher begriffliche Inhalt ihnen gegeben werden solle, hänge lediglich von der freien Konstruktion des begriffsbildenden Juristen ab. So schaffe der Jurist erst durch seine Konstruktion

[104]) Herrnritt S. 59.
[105]) Holliger S. 25.
[106]) Arch. f. öff. R. Bd. 23, S. 551ff.

einen „öffentlich-rechtlichen Verband" und mit seiner Konstruktion gehe dieser unter[106]). Der Meinung von Weyr kann nur zugestimmt werden für den Fall, daß der Umfang eines Begriffes noch nicht durch Gesetzgebung, Rechtsordnung oder Wissenschaft festgelegt ist. Anders ist die Aufgabe des Juristen, wenn es darum geht, einen vom Gesetzgeber gebrauchten Begriff zu klären und der Umfang dieses Begriffes im wesentlichen schon feststeht. Wenn man dann der Erfassung des Begriffsinhalts einen beliebigen Umfang des Begriffes zugrunde legen wollte, würde man das eigentliche Problem verschieben. Eine gewisse Freiheit herrscht überhaupt immer nur in bezug auf die Feststellung des Umfanges, nicht des Wesens eines Begriffs. Ist einmal ein bestimmter Umfang eines Begriffes festgelegt worden, so gilt es, durch analytische Untersuchung dessen Wesen zu erforschen und die Merkmale festzustellen, die ihn von anderen Begriffen unterscheiden. Es ist somit nicht ganz richtig, wenn Burckhardt[107]) sagt, der Zweck, dem die Unterscheidung dienen solle, entscheide über die Richtigkeit des gewählten Kriteriums.

2. Ablehnung von Definitionen, die dem Begriff einen willkürlich gewählten Umfang geben.

a) Burckhardt. Da der Umfang des Begriffs der privatrechtlichen Streitigkeiten im großen und ganzen feststeht, ist es nicht angängig, der Definition einen anderen, willkürlich gewählten Kreis von Rechtsstreitigkeiten zugrunde zu legen. Demnach muß abgelehnt werden die Theorie Burckhardts[108]), der öffentliches mit zwingendem und Privatrecht mit nicht zwingendem Recht gleichsetzt. Zwingendes Recht sind nach Burckhardt „diejenigen Normen, die ein Verhalten vorschreiben ohne Rücksicht auf den abweichenden Willen der Beteiligten". Das zwingende Recht ist von Amts wegen anzuwenden. Nicht zwingenden Charakters sind diejenigen Normen, die nur Anwendung finden sollen, falls die Parteien nichts anderes bestimmen. So sind z. B. nach Burckhardts Lehre öffentlich-rechtlich die Vorschriften der §§ 618, 817, 1018 ff., 1229 BGB. Es dürfte sich aber kaum ein Richter in Deutschland finden lassen, der einen Rechtsstreit, bei dem die Anwendung jener Vorschriften in Frage steht, als öffentlich-rechtlich behandeln und den Rechtsweg demnach für unzulässig erachten würde. Wie Burckhardt selbst zugibt, trennt seine Lehre vom Privatrecht Gebiete ab, die von jeher dazugerechnet worden sind. Damit verstößt er gegen die Aufgabe, die er sich selbst gestellt hat, nämlich die Abgrenzung

[106]) Arch. f. öff. R. Bd 23, S. 551 ff.
[107]) S. 12.
[108]) S. 25 ff.

von privatem und öffentlichem Recht gerade im Hinblick auf das positive Recht, also auch den § 13 GVG. zu vollziehen.

b) Gierke. Besondere Bedeutung hat eine der Theorien gewonnen, die an Stelle des Gegensatzes vom öffentlichen und privaten Recht eine Vielheit von Einteilungskategorien setzt, die Theorie vom Verbandsrecht. Begründer einer Theorie vom Sozialrecht als dem Recht der menschlichen Verbände im Gegensatz zum Individualrecht, das den Rechtsverkehr der einzelnen untereinander regelt, ist Gierke[109]): „Das Sozialrecht behandelt die einzelnen Menschen als Glieder von höheren Ganzen, die menschlichen Verbände als gesellschaftliche Ganze (Gemeinwesen) und wiederum als Glieder von höheren Verbandsganzen. Es beruht auf dem Verhältnis der Einordnung (Ueber- und Unterordnung) und geht von der Verbundenheit der Subjekte aus." Gierke hält jedoch noch an der grundsätzlichen Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht fest, indem er das Sozialrecht dem Privatrecht einordnet und es nur dann zum öffentlichen Recht zählt, wenn es diesem durch staatsrechtlichen Satz einverleibt ist.

c) Jung. Jung[110]) hat von Gierke den Begriff des Sozialrechts übernommen, um ihn als gleichwertige Einteilungskategorie des gesamten Rechts neben die des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu setzen. Nach Jung sind innerhalb der Rechtsordnung vier Gruppen von Normen zu unterscheiden: Das Völkerrecht, welches die Beziehungen der souveränen Verbände zueinander ordnet, das öffentliche Recht, welches die Verhältnisse des souveränen Verbandes, des Staates, gestaltet. Das Sozialrecht als dritte Kategorie regelt die Verhältnisse der menschlichen Verbände unterhalb des souveränen Verbandes; die Normen, die den Rechtsverkehr von Rechtssubjekten auf dem Boden der Gleichordnung regeln, bilden das Privatrecht. Das kennzeichnende Merkmal der verbandsrechtlichen Verhältnisse ist die Mitgliedschaft. Die Einteilung von Jung mag logisch korrekt und durchführbar sein, sie leidet an dem Fehler, daß sie den Umfang des Begriffs der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verkennt. § 13 GVG., der diesen Begriff verwendet, will ihn offenbar in einen Gegensatz zu dem der öffentlichen Rechtsstreitigkeit stellen. Eine dritte Einteilungskategorie kennt das Gesetz nicht. Im Sinne des § 13 gehört das Recht der unterhalb des Staates stehenden hoheitlichen Verbände, das Jung zum Sozialrecht rechnet, zum öffentlichen Recht, das Recht der privaten Vereine zum Zivilrecht. Unverständlich ist, wie Jung zu einer Vierteilung des Rechts kommen konnte, da er doch von der Notwendigkeit einer Einteilung „im Hinblick auf die Wirklichkeit

[109]) S. 26ff.
[110]) Zeitschr. f. RPhil. II (1919), S. 293ff., insbes. S. 309.

der Gesetzgebung"[111]) spricht. Die Berücksichtigung der „Wirklichkeit der Gesetzgebung" hätte Jung dazu führen müssen, an der Zweiteilung festzuhalten, von der das positive Recht nun einmal ausgeht.

3. Findet sich der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht in jedem Rechtssystem?

Man muß sich die Frage vorlegen, ob der Unterschied zwischem privatem und öffentlichem Recht ein positiv-rechtlicher sei, oder ob er jedem Rechtssystem notwendig anhaften müsse. Der historische Rückblick zeigte, daß das mittelalterliche Rechtsbewußtsein den Unterschied nicht kannte. Es wird auch kaum möglich sein, nachträglich einen solchen Gegensatz innerhalb des mittelalterlichen Rechts zu konstruieren. Eine andere Frage ist, ob nicht jedes rechtsstaatliche Rechtssystem den Gegensatz notwendig kennen müsse. Diese Frage wird zu bejahen sein. Das Recht eines bürgerlichen Rechtsstaats geht aus von der Annahme einer nur unter besonderen Bedingungen dem staatlichen Eingriff ausgesetzten Freiheitssphäre des Individuums. Eingriffe in diese Sphäre sind unerläßlich, weil sonst der Staatsapparat nicht funktionieren könnte. Das Wesen des Rechtsstaates besteht darin, daß diese Eingriffe nur auf gesetzlicher Grundlage möglich sind. Rechtliche Regelungen sind aber auch notwendig für das Gebiet des privaten Wirtschafts- und Familienlebens. Sie tragen insofern einen anderen Charakter als die Regelung der staatlichen Verwaltung, als sie in weit größerem Maße auf die private Initiative und Handlungsfreiheit des Individuums abstellen können. Das können die Rechtssätze, die das Verhältnis des Staates zum Bürger regeln, nicht. Mit Notwendigkeit finden sich sonach in der Rechtsordnung eines bürgerlichen Rechtsstaates zwei Gruppen von Normen, die voneinander geschieden werden können. Wir nennen sie öffentliches und privates Recht.

4. Sind die Materien, die durch öffentliches oder bürgerliches Recht geordnet werden, notwendig bestimmt?

Von der Frage, ob sich der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht notwendigerweise in jeder Rechtsordnung finden müsse, ist zu scheiden eine andere Frage, ob nämlich die Materien, die durch öffentliches oder privates Recht geregelt werden, notwendig bestimmt sind. Diese Frage wird zu verneinen sein. Der Staat kann z. B. die Mittel, die er für Wegebauten braucht, dadurch erwerben, daß er im Rechtsverkehr wie ein Privatmann auftritt und sich jemand sucht, der ihm die erforderlichen Materialien verkauft. Der Staat kann aber auch in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber bestimmen, daß die Bürger — etwa gegen

[111]) S. 295.

eine von den Verwaltungsbehörden einseitig festzusetzende Entschädigung — verpflichtet sind, auf Anfordern einer Behörde dem Staate die zum Wegebau erforderlichen Materialien zur Verfügung zu stellen. Je nachdem ob ein solches Gesetz vorhanden ist oder nicht, wird man sagen müssen, daß die betreffende Materie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich geordnet ist. Es gibt gewisse Lebensverhältnisse, die aus praktischen Gründen immer öffentlich-rechtlich geordnet werden, so z. B. der Militär- und Beamtendienst, die Abgabenpflicht des Bürgers. Selbst wenn in einem Staate keine allgemeine Wehrpflicht besteht, sondern das System des Berufssoldatentums herrscht, wird das Dienstverhältnis des Soldaten kaum den gleichen Normen unterstellt werden wie das eines kaufmännischen Angestellten. Die Grenzlinie zwischen privatem und öffentlichem Recht kann also in jedem Lande anders verlaufen. Da jedoch in den Grundlagen der Umfang des privaten und des öffentlichen Rechts feststeht, ist das Einteilungskriterium, das in den folgenden Erörterungen gefunden werden soll, für alle in Betracht kommenden Rechtskreise das gleiche.

5. Sind die Eigenschaften der Norm oder des Lebensverhältnisses maßgebend?

Aufgabe des gegenwärtigen Kapitels dieser Arbeit ist die Abgrenzung zweier Gruppen von Rechtsstreitigkeiten. Eine Interessenstreitigkeit wird zur Rechtsstreitigkeit dadurch, daß sie nach Rechtsnormen entschieden wird. Es besteht sonach ein Zusammenhang zwischen objektivem Recht einerseits und Rechtsstreitigkeit bzw. Rechtsverhältnis anderseits. Aus diesem Zusammenhang folgt, daß das Unterscheidungskriterium zwischen öffentlicher und bürgerlicher Rechtsstreitigkeit das gleiche sein muß wie zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im objektiven Sinne. Es fragt sich, ob der Charakter eines Rechtsverhältnisses und damit einer Rechtsstreitigkeit durch den Charakter der Norm, nach der sie beurteilt werden soll, oder durch den Charakter des Lebensverhältnisses, des Tatbestandes, der ihr zugrunde liegt, bestimmt wird. Obwohl die Frage von grundlegender Bedeutung ist, ist sie nicht von allen Schriftstellern, die sich mit der Scheidung der beiden Rechtsgebiete befassen, behandelt worden. Prazak hat sie zuerst ausführlich erörtert[112]). Es ist übrigens nicht richtig, wenn Schelcher von einer besonderen Theorie Prazaks über das Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht spricht. Die allgemeine Frage nämlich, ob die Eigenschaften der Norm oder des Lebensverhältnisses entscheidend sein sollen, hat mit der Frage des Kriteriums der Unterscheidung nichts zu tun. So stellen

[112]) S. 258ff.

auch die Vertreter der verschiedensten Auffassungen über das Unterscheidungsmerkmal auf die Eigenschaften der Rechtsnorm ab.

Prazak[112]) hält es für falsch, für die Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht die Eigenschaften der Lebensverhältnisse, welche durch die in Frage stehenden Normen geregelt werden, entscheidend sein zu lassen. Maßgebend müsse vielmehr immer der Charakter der Norm selbst sein. Der Gesetzgeber habe ja die Möglichkeit, die betreffenden Lebensverhältnisse öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu regeln. Die Eigenschaften der Lebensverhältnisse müßten sonach für die Unterscheidung belanglos sein.

Eine ausführliche Begründung der gegenteiligen Meinung gibt Triepel. Er hält den Charakter des Lebensverhältnisses für entscheidend. Der Gesetzgeber, der ein „bürgerliches Gesetzbuch" schaffen wolle, gehe von einer im voraus angenommenen Verschiedenheit der einer Regelung fähigen Tatbestände aus. Das beruhe auf dem Umstande, daß nicht alle „Tatbestände, Lebensverhältnisse, Lebensvorgänge" für gleich geeignet zu erachten seien, „von Normen derselben Art, oder nach allen Seiten von Normen derselben Art geordnet zu werden". Das Verfahren des Gesetzgebers werde also „von der Wertung der Tatbestände geleitet, die einer rechtlichen Regelung zugänglich sind". „Die rechtsetzende Gemeinschaft ist es, die den einen Teil der Lebensverhältnisse für „privat", die anderen für „öffentlich" ansieht". Unter Berufung auf Bernatzik[113]) wird erklärt, daß der Charakter der Rechtsnorm als solcher neutral sei. „Nur die Art der von ihr betroffenen Lebensbeziehung entscheidet darüber, ob sie die Bezeichnung ‚publizistisch' oder ‚zivilistisch' verdient." Die Verschiedenheit in der rechtlichen Ausgestaltung der tatsächlichen Verhältnisse folge daraus, daß diese von der Rechtsquelle als ungleichwertig angesehen würden. Gegen Prazaks Bemerkung, daß die Zuteilung mancher Rechtsinstitute je nach dem Stande der geschichtlichen Entwicklung wechsele, wird gesagt: „Eben weil die Rechtsgemeinschaft ein Lebensverhältnis gegenüber der Vergangenheit als in gewisser Weise verändert ansieht, stellt sie es heute unter die Herrschaft anderer Grundsätze, als sie es vordem getan hätte[114]."

Prazak und Triepel behandeln nur scheinbar die gleiche Frage; in Wirklichkeit reden sie aneinander vorbei. Triepel weist mit Recht darauf hin, daß die Natur der Sache maßgebend dafür ist, wie eine Angelegenheit geregelt werden soll. Eine andere Frage — und davon handelt Prazak — ist jedoch, nach welchem Maßstabe der Charakter einer bereits entstandenen

[112]) S. 258ff.
[113]) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 2 Anm.
[114]) Konviktorienbeitrag S. 539ff.

Rechtsstreitigkeit beurteilt werden soll. Die Erfahrung lehrt, daß es ein Grenzgebiet gibt, in dem sowohl eine öffentlich-rechtliche Regelung wie eine privatrechtliche stattfinden kann. Das, was Rechtsstreitigkeiten aus diesem Grenzgebiet (und nicht nur daraus) zu öffentlichen oder privaten macht, muß also die Norm sein. Bei der Frage jedoch, welcher Normenkomplex anzuwenden sei, kann nur von der Eigenart des Lebensverhältnisses, von der Bewertung des sozialen Tatbestandes ausgegangen werden, denn die Vorschriften, die diesem Tatbestand entsprechen, sollen ja erst gefunden werden.

6. Ablehnung des Eklektizismus Schelchers.

Wenn man privates und öffentliches Recht scheiden will, wird man nicht den Standpunkt Schelchers[115]) einnehmen können, welcher alle vorhandenen Theorien als für sich allein unzureichend ablehnt, dann aber feststellt, daß jede der Theorien etwas Wahres enthalte, wenn das von ihr aufgestellte Kriterium auch nicht in allen Fällen durchgreife. Man müsse demnach „je nachdem der eine oder der andere darin (in den Theorien) aufgestellte Gesichtspunkt durchschlägt oder überwiegt, ein Rechtsverhältnis als ein öffentliches oder privatrechtliches bezeichnen". Mit welchem Maßstabe „sich alle gegebenen Einzelheiten natürlicher, unmittelbarer, widerspruchsloser erklären lassen, das ist der richtige". Schelcher kann sich bei seiner „eklektischen" Auffassung auf Otto Mayer stützen, welcher das Wesen des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht in der Ungleichheit der Rechtssubjekte einerseits und der „privatwirtschaftlichen Gebarung" der Beteiligten andererseits erblickt, es aber außerdem für zulässig hält, den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses maßgebend sein zu lassen[116]). Die Art, in der Schelcher die beiden Rechtsgebiete abgrenzt, ist bedenklich. Er geht doch offenbar von einem feststehenden Begriff des öffentlichen Rechts aus. Es muß ihm deshalb auch möglich sein, das Wesen dieses Begriffs zu erfassen. Wenn es nicht möglich sein sollte, Merkmale der Unterscheidung vom Privatrecht zu finden, so hat der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht keine systematische Bedeutung und muß deshalb fallen gelassen werden. Schelchers Verfahren würde praktisch darauf hinauslaufen, daß ausschließlich nach subjektiven Wertungen des zugrunde liegenden Lebensverhältnisses die Rechtsstreitigkeiten dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugewiesen würden. Je nachdem, ob man die betreffende Angelegenheit der Rechtssprechungsgewalt der ordentlichen Gerichte unterstellen wollte oder nicht, würde man sie — etwa unter dem dehnbaren Gesichtspunkt des

[115]) S. 174f.
[116]) 2. Aufl., S. 118; ähnl. auch Halbey, S. 136, 164f.

öffentlichen Interesses — für privatrechtlich oder öffentlichrechtlich erklären.

IV. Das Unterscheidungsmerkmal.

1. Formale Theorien.

a) Die Rechtsquellentheorie.

Bei der Aufstellung eines Unterscheidungsmerkmals zwischen öffentlichem und privatem Recht ist vielfach sehr formal verfahren worden. So wurde früher behauptet, die Rechtsquelle entscheide über das Wesen einer Rechtsnorm bzw. der durch sie geregelten Rechtsverhältnisse. Danach würden alle Vorschriften, die in einem Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten sind, dem privaten Recht zugeordnet werden müssen. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung liegt auf der Hand: es gibt Gesetze, die öffentliches und privates Recht regeln und regeln wollen, wie das Allgemeine Landrecht[117]). Aus der Natur der Rechtsquelle kann also in einem solchen Falle nicht auf das Wesen der darin enthaltenen Rechtsnormen geschlossen werden. Auch die Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, das Endemann[118]) und Goldmann-Lilienthal[119]) ganz dem Privatrecht zuweisen wollen, „selbst wenn sie begrifflich öffentlich-rechtlichen Charakters sind", enthalten viel öffentliches Recht. Gegen die „Rechtsquellentheorie" spricht, daß theoretische Erwägungen, ob eine zu schaffende Norm öffentliches oder privates Recht darstellen wird, bei der Schaffung eines Gesetzes im allgemeinen nicht angestellt werden[120]). Wenn ein Gesetzbuch beispielsweise „bürgerliches" genannt wird, so geschieht dies deshalb, weil die darin enthaltenen Vorschriften in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zivilrechtlicher Art sind. Daß alle privatrechtlichen Charakter tragen, soll mit dieser Bezeichnung nicht gesagt werden.

b) Ehrlich.

Wie sehr die Entwicklung juristischer Theorien durch Zufälligkeiten der Gesetzgebung bedingt sein kann, zeigt die Lehre von Ehrlich[121]). Ehrlich sieht das Wesen des Privatrechts darin, daß es Ergebnis gewohnheitsrechtlicher Entwicklung ist, während das öffentliche Recht seine Entstehung der staatlichen Gesetzgebung verdankt. Diese Meinung baut auf den Rechtszustand im Zeitalter des gemeinen Rechts auf. Das Zivilrecht ging in jener Zeit im wesentlichen auf die durch Gerichtsgebrauch und Wissenschaft beeinflußten römischen Rechtsquellen zurück,

---

[117]) Herrnritt, S. 56; Triepel, S. 539.
[118]) Bürgerliches Recht, S. 38.
[119]) S. 1.
[120]) Vgl. auch Holliger, S. 50.
[121]) Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I, 236ff., zit. nach Holliger.

die ja kein staatliches Gesetz darstellten, während das öffentliche Recht größtenteils auf staatlich gesetztem Recht beruhte. Aber auch für jene Zeit konnte die Ehrlichsche Lehre höchstens den Wert einer typischen Begriffsbestimmung beanspruchen, denn es gab auch eine Fülle zivilrechtlicher Normen, die auf staatlichem Gesetz beruhten.

c) Thon.

Eine andere Lehrmeinung stellt auf Eigentümlichkeiten der Zuständigkeit oder des Verfahrens ab. So meint Thon[122]), daß die Verfolgbarkeit im Zivilprozesse Wesenserfordernis des subjektiven Privatrechts und damit auch der Norm, die das subjektive Recht gewährt, sei. Hier wird das wirkliche Verhältnis der Dinge auf den Kopf gestellt. Daß eine Norm privatrechtlich ist, ist ja gerade für die Zuständigkeit der Zivilgerichte entscheidend. Auch hält Holliger[123]) Thon mit Recht entgegen, daß nach dessen Theorie die Fälle der leges imperfectae und der Verwirkung nicht unter eine der beiden Gruppen von Normen fielen[124]).

Das gegen Thon Gesagte gilt entsprechend gegen die Theorie, daß eine Privatrechtsstreitigkeit dann gegeben sei, wenn in dem Verfahren der Beweis nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu erfolgen habe[125]).

d) Titeltheorie.

Eine andere Auffassung, die vor allem vom Reichsgericht[126]) vertreten wurde, besteht darin, daß eine Privatrechtsstreitigkeit da vorläge, wo das in Frage stehende Rechtsverhältnis durch einen sogenannen Privatrechtstitel begründet sei. Unter einem Privatrechtstitel versteht diese Lehre Entstehungsgründe von Rechtsverhältnissen, die angeblich nur im Privatrecht vorkommen, wie Vertrag, Vergleich, Geschäftsführung, ungerechtfertigte Bereicherung. Es wird heute allgemein anerkannt, daß es auch öffentliche Rechtsverhältnisse gibt, die auf eine der erwähnten Arten entstanden sind[127]). Es gibt z. B. öffentlich-rechtliche Verträge, d. h. Verträge, die ein öffentliches Rechtsverhältnis begründen oder beeinflussen[128]). Solche Verträge sind auch in der Judikatur anerkannt[129]). Häufig sind öffentlich-rechtliche Verträge zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt, hierher wären die Vereinbarungen zwischen Reich und Ländern, die Konkordate zwischen Staat und Kirche, Eingemeindungsver-

---

[122]) S. 133.
[123]) S. 74.
[124]) Gegen Thon auch Fleiner, S. 50.
[125]) Prazak, S. 309; Herrnritt, S. 148 polemisieren gegen diese Meinung.
[126]) s. S. 55 ff.
[127]) Prazak, S. 300; Hänel, S. 165; Frhr. v. Schenk, S. 110; Fleiner, S. 50.
[128]) W. Jellinek, S. 253.
[129]) Nachweise bei W. Jellinek, S. 253.

träge zwischen zwei Gemeinden zu rechnen. Seltener sind echte Verträge zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und einem Bürger. Der sogenannte Rechtstitel des Vertrages ist ebenso wie der der Geschäftsführung, der ungerechtfertigten Bereicherung usw. sowohl im öffentlichen wie im privaten Recht zu finden.

e) Bluntschli.

Bluntschli[130]) hat bei der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht darauf abgestellt, ob das in Frage stehende subjektive Recht verzichtbar sei. Sei dies der Fall, so läge ein subjektives Privatrecht vor. Selbst wenn die Feststellung Bluntschlis zutreffend wäre, könnte man sie doch nicht zum Unterscheidungsmerkmal erheben. Denn ob ein Recht verzichtbar ist oder nicht, ist doch nicht in jedem Einzelfalle statuiert, könnte somit nur eine Rechtsfolge des Umstandes darstellen, daß ein subjektives Privatrecht gegeben ist.

f) Vermögenstheorie.

Eine früher ebenfalls stark verbreitete Theorie war die sogenannte Vermögenstheorie, die das Privatrecht mit dem Vermögensrecht identifizierte[131]). Den Konflikt dieser Lehre mit dem Umstande, daß das Familienrecht im allgemeinen dem Privatrecht zugezählt wird, konnte man mit der Behauptung vermeiden, daß alle in einem Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Materien kraft positiven Rechts materielles Zivilrecht darstellten. Diese Meinung fußte im Grunde auf der alten Fiskustheorie, sie ist aus der rechtspolitischen Tendenz heraus zu erklären, alle Vermögensstreitigkeiten, an denen der Staat beteiligt war, der Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte zu unterstellen. Heute hat man erkannt, daß es auch ein öffentliches Vermögensrecht gibt, daß z. B. der Gehaltsanspruch des Beamten gegen den Staat öffentlich-rechtlicher Natur ist. Der Umstand, daß ein Vermögensinteresse in Frage stehe, wird demnach nicht mehr als für den privatrechtlichen Charakter einer Streitigkeit maßgebend erachtet.

2. Materielle Theorien.

a) Interessentheorie.

Die bisher dargestellten Theorien werden heute kaum noch vertreten. Sie traten zum allergrößten Teil in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auf und sind in der Mehrzahl der Fälle nicht an der Notwendigkeit, Bestimmungen des positiven Rechts auszulegen, orientiert. Schon deshalb konnten sie nicht zur Feststellung des Wesens der bürgerlichen Rechtstreitigkei-

[130]) Bluntschli, S. 990.

[131]) Bekker, Pand. I, 78; Sohm, Institutionen[4], S. 14, 15; anders 11. Aufl., S. 23 ff.

ten im Sinne des § 13 GVG. verwandt werden. Während die bisher dargestellten Lehrmeinungen das Kriterium der Unterscheidung in einem rein formalen Merkmal erblicken, haben andere versucht, ein materielles Unterscheidungskriterium zu finden.

Eine in der älteren Theorie außerordentlich stark verbreitete, auch in der Gegenwart noch vertretene Lehre ist die, daß öffentlich-rechtlich diejenigen Normen seien, die öffentliches Interesse berücksichtigten und schützten, die Ausgestaltung des Privatrechts wäre dagegen durch das individuelle Interesse bestimmt[132]). In diesem Sinne sagt schon Savigny[133]): „In dem öffentlichen Recht erscheint das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Dasein und seine besonderen Zustände bezieht[134]). Interessant ist, daß auch eine gesetzliche Bestimmung versucht hat, die Trennung von Justiz und Verwaltung nach dem Prinzip des individuellen bzw. des kollektiven Interesses durchzuführen. Das von Cocceji geschaffene preußische Ressortreglement vom 19. Juni 1749[135]) bestimmt," . . . daß regulariter alle Prozeßsachen, welche das interesse privatum vel iura partium quarum interest betreffen, bei denen des Orts bestellten ordentlichen Justizkollegiis erörtert und dezidiert werden müssen. Da hingegen zum Ressort der Kriegs- und Domänenkammern hauptsächlich nur königliche Intraden und Domänen, ferner die den statum öconomicum und politicum angehenden und überhaupt in das interesse publicum einschlagenden Sachen gerechnet werden."

Eine Einschränkung der Interessentheorie findet sich bei Triepel. Oeffentlich-rechtlich seien „die Verhältnisse, bei denen nach dem Urteil der Rechtsquelle das öffentliche Interesse, d. h. das Interesse der Rechtsgemeinschaft in überwiegendem Umfange gegeben ist; alle anderen Verhältnisse sind privater Natur"[136]). Wie Triepel weiter ausführt, deckt sich seine Begriffsbestimmung nicht ganz mit der althergebrachten Lehre, daß das öffentliche Recht die öffentlichen, das Privatrecht die privaten

---

[132]) L. 1 § 2 D. de J. et J. 1,1; § 4 J. de J. et J 1,1.

[133]) Bd. I, 23.

[134]) Die Interessentheorie vertreten Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 19, 130, Gareis, allgem. Staatsrecht, S. 8; Wach, Handb., S. 96; Menger, System d. österr. Zivilprozeßr. I, 12 und 13; Bruns-Eck-Miteis in v. Holtzend.-Kohl. Enzykl., 6. Aufl., S. 298; Weismann, S. 30; Bernatzik, Rechtsprechung . . . S. 1, Anm. 1; Layer, Enteignung, S. 334; Kuhlenbeck, S. 2/3; Merkel, Enzykl., 6. Aufl., S. 58 ff.; Apelt, Verwaltungsrechtl. Vertr., S. 129 ff.; vgl. ferner die Zusammenstellung bei Jacobi, S. 378; auch Endemann, S. 37. Stengel, S. 22.

[135]) Zit. nach K. Herrmann, Oeff. R. u. Justiz, S. 8.

[136]) Konviktorienbeitrag, S. 545.

Interessen schütze. Mit Recht sei dieser Auffassung entgegengehalten worden, daß in irgendeinem Sinne jeder Rechtssatz auch öffentliche Interessen schütze. Es käme auf das Ueberwiegen des öffentlichen oder des privaten Interesses an[137]).

Gegen die Interessentheorie hat schon Stahl[138]) Widerspruch erhoben mit der Begründung, daß ein öffentlich-rechtliches Institut viele Vorteile für den Einzelnen festsetze, umgekehrt aber jedes Privatverhältnis auch öffentliches Interesse haben könne. Besonders eingehend ist die Interessentheorie von Thon[139]) kritisiert worden. Dieser weist mit Recht darauf hin, daß jede Rechtsnorm den Nutzen der Gemeinschaft bezwecke[140]). Es sei die Pflicht des Gesetzgebers, bei der Rechtssetzung nur das Interesse der Gemeinschaft maßgebend sein zu lassen. So werde selbst das Eigentum nicht um der Person des einzelnen Trägers willen, sondern als grundlegende Institution unserer Wirtschaftsordnung („um des gemeinen Interesses willen") geschützt. In der Tat liegt nicht nur das Vorhandensein einer Privatrechtsordnung im öffentlichen Interesse, sondern auch die Rechtssätze des öffentlichen Rechts regeln in vieler Hinsicht Gegenstände des privaten Interesses, so z. B. alle strafrechtlichen Normen, die ein Rechtsgut des Individuums schützen. Es ist also nicht einmal richtig, wenn Prazak[141]) den legislatorischen Grund für die Gestaltung einer Materie in öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichem Sinne der im positiven Recht nicht immer zum Durchbruch komme, in dem Gegebensein eines öffentlichen oder privaten Interesses erblickt und daneben ein formelles Unterscheidungsmerkmal aufstellt. Das mögliche Auseinanderfallen von öffentlicher Rechtsnorm und öffentlichem Interesse zeigt Freiherr von Schenk[142]) an einem charakteristischen Beispiel: „Es stirbt ein Millionär, der der Wohltäter einer ganzen Gegend war, oder dessen Wirtschaft die Einzelwirtschaft von tausend Arbeitern möglich gemacht hat. Ueber das Schicksal seines Nachlasses und damit über die Schicksale der beteiligten Tausenden entscheidet doch nur das Privatrecht. Dagegen ist die Frage, ob jemand eine Stempelgebühr von 30 Hellern zu zahlen hat, eine Frage des öffentlichen Rechts".

b) Die Subjektstheorie.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß im Zeitalter des Absolutismus die Theorie vom öffentlichen Recht dazu gedient

---

[137]) Geyer, S. 200; Dernburg, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., 1. Bd., S. 37 f., 49 f.; Pfaff-Hofmann, I, 1; Lassar, S. 1.

[138]) Sittliche Rechts- und Staatslehre, 1. Abt., S. 122.

[139]) S. 110 ff.

[140]) Somlo, S. 490, Anm. 2; Schmitt, Verw.-Rechtspflege, S. 39 f.

[141]) S. 306; ähnl. Herrnritt, S. 148; Holliger S. 62; Vierhaus, S. 241; Jedlicka, S. 21.

[142]) S. 68.

hat, die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Gewalt zum Untertan von den Bindungen zu befreien, mit denen das mittelalterliche Recht sie ausgestaltet hatte. Das öffentliche Recht hatte somit schon zu der Zeit seiner Entstehung eine Beziehung zum Staate. Auch nach der neueren Lehre regelt das öffentliche Recht Rechtsbeziehungen des Staates und anderer sogenannter öffentlicher Verbände. Trotzdem wäre es falsch, bei der Aufstellung eines Unterscheidungsmerkmals zwischen öffentlichem und privatem Recht allein darauf abzustellen, ob ein öffentlicher Verband an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist. Das tut allerdings die sogenannte „Subjektstheorie", die sich in besonders klarer Form bei Freiherr von Schenk[143]) findet: „Rechtsverhältnisse öffentlichen Rechts sind solche, an denen der Staat oder ein Selbstverwaltungskörper teil hat; die anderen sind Rechtsverhältnisse des Privatrechts." Die Subjektstheorie übersieht, daß Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und den Selbstverwaltungskörpern einerseits und anderen Rechtssubjekten andererseits nicht notwendig öffentlich-rechtlicher Art zu sein brauchen. Der Staat verkehrt mit dem Bürger auch auf dem Boden der Gleichordnung; er steht mit ihm auch in privatrechtlichen Beziehungen. Den Staat als Subjekt von Privatrechten nennen wir Fiskus, die privaten Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Korporationen „fiskalisch." Man muß also die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Staates von den fiskalischen abgrenzen.

Der erreichbaren Wahrheit kommen diejenigen nahe, die als öffentlich-rechtlich diejenigen Rechtsverhältnisse ansehen, bei denen ein öffentlicher Verband notwendig beteiligt ist. So sagt Leuthold[144]): wenn man ein Rechtsverhältnis auf seine Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht prüfen wolle, so müsse man sich fragen, ob ein Gemeinwesen als berechtigt oder verpflichtet in dem Rechtsverhältnis stehe und ob nicht etwa das Rechtsverhältnis so geartet sei, daß es nach dem geltenden Recht nicht auch zwischen Privatpersonen bestehen könnte. Dieser Meinung haben sich Jedlicka und Holliger angeschlossen[145]).

c) Die „Mehrwerttheorie".

Das Moment der notwendigen Beteiligung eines öffentlichen Verbandes ist noch einer näheren Präzisierung fähig. Das, was der Staat, der auf dem Boden des öffentlichen Rechts dem Bürger gegenübertritt, vor diesem voraus hat, ist seine hoheitliche, übergeordnete Stellung. Ebenso ist das Tätigwerden in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben das wesentliche an den öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen verschiedenen Korporationen

[143]) S. 104; vgl. auch Hänel, S. 168.
[144]) Annalen, 1884, 321, 361 ff.
[145]) s. oben, S. 46, 115.

des öffentlichen Rechts. Die privatrechtlichen Beziehungen des Staates zum Bürger und zu anderen öffentlich-rechtlichen Verbänden spielen sich dagegen auf dem Boden der Gleichordnung ab. Hier tritt der Staat nicht als Hoheitsperson auf. Die Theorie, die das Wesen des öffentlichen Rechtsverhältnisses an der Beteiligung eines hoheitlichen Verbandes in dieser seiner besonderen Stellung erblickt, nennt man „Mehrwerttheorie" oder „Subjektionstheorie". Sie ist heute herrschend. In ihrem Sinne sagt schon Puchta[146]): „Im Privatrecht erscheint der Mensch als Einzelner und in Beziehung auf andere Einzelne, im öffentlichen Rechte als Glied der Volksverbindung als Ganzem und in Beziehung auf andere Glieder dieses Ganzen als solche". Aehnlich definiert Stahl[147]): „Privatrechtverhältnisse dienen dazu, den Einzelnen zu befriedigen und sein Dasein zu vollenden, während die öffentlichen Rechtsverhältnisse darauf abzielen, die Menschen gemeinsam zu beherrschen, sie zu einem Gesamtdasein zu verbinden und dieses als solches zu vollenden". In klarer Ausprägung findet sich die Subjektionstheorie bei Bierling[148]), Georg Jellinek[149]), Engelmann[150]), B. Schmidt[151]), Otto Mayer[152]), Stein[153]), Bühler[154]), Lutz Richter[155]), Fleiner[156]), Stölzel[157]), Sarwey [157a]), Loening[157b]), K. Hermann[158]), Nebinger[159]) und Hatschek[160]).

Bei der Scheidung des privaten vom öffentlichen Recht muß ausgegangen werden von der Beteiligung des Staates oder eines öffentlichen Verbandes am Rechtsverhältnis. Das Wesen eines öffentlichen Verbandes besteht darin, daß dieser dem Untertanen gegenüber Befehlsgewalt hat. Es genügt aber nicht, daß allgemein dem Verbande eine solche Befehlsgewalt zukommt[161]) — der Verband könnte ja auch zu dem betr. Rechtssubjekt in privatrechtlichen Beziehungen stehen —, die Befehlsgewalt muß sich auch in dem fraglichen konkreten Verhältnis auswirken. — Falsch wäre es, wenn man sagen wollte, jedes Rechtsverhältnis, das in der Ueberordnung einer Person über eine andere bestehe, sei öffentlich-rechtlich. Es gibt auch Privatrechtsverhältnisse, in denen der Wille des einen beteiligten Rechtssubjektes dem des anderen übergeordnet ist. Solche Rechtsverhältnisse liegen z. B. überall da vor, wo sich die soziologische Tatsache der Führerschaft rechtliche Geltung verschafft. Beispiele dafür sind das

---

[146]) Bd. I, § 21. [147]) Rechtsphilosophie II, 1, S. 239.
[148]) II, 159 f. [149]) System, S. 61 f.; allgem. Staatslehre, S. 384.
[150]) S. 24. [151]) S. 85. [152]) S. 15. [153]) Grenzen, S. 32.
[154]) S. 14. [155]) S. 1 ff. [156]) S. 53. [157]) Rechtsweg, S. 45.
[157a]) S. 298. [157b]) S. 9. [158]) Oeff. R. u. Zust., S. 21.
[159]) S. 133. [160]) Institutionen, 7., 8. Aufl., S. 15.
[161]) Das berücksichtigt nicht die Begriffbestimmung von G. Jellinek, Das Recht des modernen Staates I, 348: Oeffentliches Recht ist dasjenige, welches ein mit Herrschergewalt ausgerüstetes Gemeinwesen in seinen Beziehungen zu gleich- und untergeordneten Personen regelt.

Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer der Weisungsgewalt des Unternehmers untersteht und das familienrechtliche Verhältnis[162]). Da diese Verhältnisse einer tatsächlichen und rechtlichen Ueberordnung nicht zu den öffentlich-rechtlichen gezählt werden können, ist es zur Erfassung des Wesens öffentlich-rechtlicher Beziehungen unerläßlich, auf die Beteiligung eines öffentlichen Verbandes abzustellen.

3. *Walter Jellinek.*

Walter Jellinek[163]) hat versucht, den Begriff der rechtlichen Ueberordnung näher zu präzisieren. Nach ihm ist ein Rechtsverhältnis dann ursprünglich öffentlich, wenn es den Verwaltungsakt als Tatbestand betrifft oder wenn kraft des Rechtsverhältnisses ein Verwaltungsakt vorgenommen werden kann. Als einen Verwaltungsakt definiert Jellinek[164]) jede gegenüber einer bestimmten Person vorgenommene obrigkeitliche Willensäußerung innerhalb der Verwaltung. Obrigkeitlich ist eine Willensäußerung dann, wenn derjenige, von dem sie ausgeht, „über dem Privatmann insofern steht, als er die Macht hat, dem Akte, so wie er bei unbefangener Deutung zu verstehen ist, mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit zu geben, darüber hinaus aber dessen Wirksamkeit vielfach unabhängig zu machen von der Gesetzlichkeit der Vornahme". Vielfach wird man jedoch „bei unbefangener Deutung" des Tatbestandes nicht ohne weiteres erkennen können, ob eine Willensäußerung mit der Vermutung der Rechtmäßigkeit und der Gültigkeit ausgestattet werden konnte. Stellen wir uns z. B. vor, daß mittels eines Schreibens einem Staatsdiener, dessen Eigenschaft als Kündigungsbeamter oder als auf Privatdienstvertrag Angestellter nicht

---

[162]) Die Erkenntnis, daß das Gewaltverhältnis eine allgemeine juristische Kategorie ist, die im öffentlichen wie im privaten Recht vorkommt, findet sich auch bei Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis. In dieser Richtung geht auch die Bemerkung Kaufmanns in WStVR. III, 703: Der Begriff der potentior persona sei zunächst ein rein materieller, psychologischer und nicht juristischer, der sowohl in publizistischen wie in zivilistischen Rechtsformen ausgeprägt sein könne. Denn auch der Vater, der Dienstherr, der Prinzipal, das Kohlensyndikat, die Arbeiterorganisationen seien personae potentiores, und es sei eine Hauptaufgabe des bürgerlichen Rechts, solchen Machtfaktoren gerecht zu werden und zugleich vor ihnen Schutz zu gewähren. Wenn Kaufmann weiter fortfährt, es komme lediglich darauf an, welche Kategorien das positive Recht tatsächlich als herrschaftliche Rechtsform ausgestaltet habe, so ist das nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung über das Verhältnis vom Tatbestand zur Rechtsnorm aus gesehen mißverständlich. Wenn man von der Eigenart des sozialen Tatbestandes auf die anzuwendende Rechtsnorm schließen will, muß schon im Tatbestand etwas liegen, was die Anwendung einer Rechtsnorm bestimmter Art rechtfertigt.

[163]) Verwaltungsrecht, S. 53.

[164]) Verwaltungsrecht, S. 246.

genau feststeht, gekündigt wird. Für diese Willensäußerung wird nur dann die Vermutung der Rechtsgültigkeit streiten, wenn sich herausstellt, daß sie nach öffentlichem Recht vorgenommen werden durfte. Die Vermutung wird nicht gegeben sein, wenn die Kündigung innerhalb eines privatrechtlichen Verhältnisses vorgenommen wurde. In beiden Fällen tritt nach außen derselbe Tatbestand, dasselbe Schreiben zutage, aus dem allein nicht auf das rechtliche Wesen der in Frage stehenden Willensäußerung geschlossen werden kann. Man wird einem Staatsakte eben nur dann die Vermutung der Rechtsgültigkeit geben können, wenn er hoheitlicher Art ist. Die Vermutung ist die Rechtsfolge, nicht die Voraussetzung und das Kriterium des hoheitlichen Charakters einer Staatshandlung. Der Begriff hoheitlich ist also ursprünglicher Art. Er läßt sich nicht näher juristisch umschreiben. Es handelt sich um einen Begriff der Soziologie, der zum Rechtsbegriff erhoben wird. In diesem Sinne sagt Lutz Richter[165]): „Es handelt sich eben bei der ganzen Scheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht um deren rein rechtliche, sondern um eine aus dem gesellschaftlichen Tatsachenkreis entlehnte Charakterisierung."

4. K. Herrmann.

Eine der neuesten Theorien über das Verhältnis von öffentlichem zu privatem Recht hat K. Herrmann aufgestellt[166]). Nach ihm liegt die Aufgabe des öffentlichen Rechtes darin, die Bestimmung des Staates als solchen zu regeln. Diese Regelung sei die Voraussetzung einer rechtlichen Ordnung von Wirtschaft und Erziehung, d. h. des bürgerlichen Rechts. Das öffentliche Recht besitze vor dem bürgerlichen Recht insofern einen „juristisch-logischen Primat", als das gesamte bürgerliche Recht an die Voraussetzung des Vorhandenseins des öffentlichen Rechts gebunden sei. Das bürgerliche Recht, mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts, entstehe nur da und nur dann, wo das öffentliche Recht es wolle[167]). Die Staatsverfassungen enthielten die Zuständigkeit zur Schaffung privatrechtlicher Gesetze, die Prozeßordnungen die Zuständigkeit zur Einzelgestaltung bürgerlich-rechtlicher Verhältnisse. Zu den verfassunggebenden, d. h. das Verfahren bürgerlich-rechtlicher Einzelgestaltung ermöglichenden öffentlich-rechtlichen Gesetzen gehöre jedes Gesetz, soweit es ein Verfahren regele, also auch das Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz. Aus dem Verfassungscharakter des öffentlichen Rechts folge, daß die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts „überall, besonders im Kollisionsfalle", den Bestimmungen des

[165]) S. 14.
[166]) Oeffentliches Recht und Zuständigkeit 1927, Vom Wesen des öffentlichen Rechts, 1931.
[167]) Vom Wesen des öffentlichen Rechts, S. 49.

öffentlichen Rechts nachzustehen hätten. Mit der Regelung von Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung und Schutz der Rechtsordnung sei der Kreis des öffentlichen Rechts, mit Ausnahme des Kirchen- und Völkerrechts, umschrieben. Auf eine kurze Formel gebracht lautet die Theorie von K. Herrmann: 1. Das öffentliche Recht enthält die Voraussetzungen, unter denen das Privatrecht wirksam werden kann. 2. Darum geht das öffentliche Recht dem Privatrecht überall, auch soweit es im einzelnen mit ihm kollidiert, unbedingt voran.

Herrmanns Behauptung, daß das öffentliche Recht notwendige logische Voraussetzung des Privatrechts sei, ist bedenklich. Man kann sich das Verhältnis auch umgekehrt vorstellen. Voraussetzung zur Schaffung von Rechtsschutzeinrichtungen ist, daß überhaupt eine Privatrechtsordnung und zu schützende Privatrechte vorhanden sind. Wenn man die Dinge unter Würdigung der dem geltenden Recht zugrunde liegenden Geistesströmungen würdigt, wird man diese Auffassung sogar für die richtigere halten müssen. Der Frühliberalismus betrachtete die Privatautonomie, in deren Bezirk größtenteils das Privatrecht in objektivem Sinne fällt, als eine unverletzbare Eigenschaft des Individuums, die jede Staatsordnung zu respektieren habe. In diesem Sinne könnte man höchstens von einem Primat des bürgerlichen Rechts sprechen. Aber alle Betrachtungen über den Vorrangcharakter dieser oder jener Normengruppe kommen der Lösung der Frage, was bürgerliche und was öffentliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des positiven Rechts seien, nicht näher. Man brauchte an die Theorie Herrmanns auch nicht mit diesem Maßstabe herangehen, wenn dieser nicht selbst auf Grund seiner Theorie das Reichsgericht kritisieren würde. Was öffentliches Recht ist, ließe sich auch nicht an dem Primatcharakter einer Rechtsnorm erkennen; dieser wäre vielmehr, wenn er überhaupt bestünde, eine Folge davon, daß eine Norm dem öffentlichen Recht zugezählt werden muß. Auch bleibt zweifelhaft, wie sich Herrmann eine Kollision zwischen öffentlichem und privatem Recht vorstellt. Zwar gibt es ein Zusammenstoßen eines Verwaltungsaktes mit einem privatrechtlich geschützten Rechtsgut. Hier liegt aber nicht eine Kollision von öffentlichem und privatem Rechtssatz vor, denn kein Privatrechtssatz maßt sich an, öffentlich-rechtliche Eingriffe in Privatrechte zu verbieten. Privatrechte bestehen vielmehr nur innerhalb der Schranken des öffentlichen Rechts. So gibt z. B. § 904 BGB. dem Eigentümer einer Sache das Recht, „innerhalb der Schranken der Gesetze" mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Eine Kollision zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht kann schon um deswillen nicht vorkommen, weil durch das öffentliche und das private Recht Rechtsverhältnisse zwischen verschiedenen Arten von Rechtssubjekten geregelt werden. Ein öffentlich-rechtlicher Verband in seiner Eigen-

schaft als Hoheitsperson kann nämlich nur an einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse beteiligt sein.

5. Die gemischten Rechtsverhältnisse.

Es ist vielfach behauptet worden[168]), es gäbe sogenannte gemischte Rechtsverhältnisse, die teils öffentlich-rechtlichen, teils privatrechtlichen Charakters seien. Als Beispiel dafür ist oft das Beamtenverhältnis angeführt worden. Oeffentlich-rechtlich sei die Dienst- und Treupflicht des Beamten, privatrechtlichen Charakter trage sein Gehaltsanspruch. Diese Theorie hat auch die Gesetzgebung beeinflußt. Das preußische Gesetz über die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 hatte die Ansprüche der Beamten auf ihr Diensteinkommen in den Rechtsweg verwiesen. Diese Maßnahme wurde von den Motiven[169]) damit begründet, daß der Anspruch des Beamten auf Gehalt als derjenige Teil des Staatsdienstverhältnisses bezeichnet werden müsse, „welcher gegenüber der Ausübung der Dienstfunktion als die privatrechtliche Seite desselben befunden werden muß". Zu der Annahme gemischter Rechtsverhältnisse mußten insbesondere diejenigen gelangen, die für die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht die Interessentheorie maßgebend sein ließen. Die Dienstpflicht des Beamten ist allerdings im öffentlichen Interesse statuiert, an dem Gehaltsanspruch ist niemand so stark interessiert als er selbst. Es ist jedoch nicht angängig, den Gehaltsanspruch in jeder Hinsicht nach den für ein Dienstverhältnis des bürgerlichen Rechts geltenden Vorschriften zu beurteilen. Vom Standpunkt der Mehrwertstheorie insbesondere muß das Vorhandensein gemischter Rechtsverhältnisse geleugnet werden. Der Staat kann an einem Rechtsverhältnis nicht zugleich als hoheitlicher Verband und als dem Bürger gleichgeordnetes Rechtssubjekt teilhaben. Schon um der Kompetenzregelung willen muß die Einteilung aller Normen in solche privatrechtlicher und solche öffentlichrechtlicher Art ausschließlichen Charakter tragen. Es muß allerdings bemerkt werden, daß in gewissen Fällen an ein und demselben Lebenstatbestand öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtsfolgen anknüpfen können. Daß eine Rechtsfolge zugleich öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art ist, läßt sich aber nicht vorstellen[170]).

---

[168]) Hänel, S. 155; R. Schmid, S. 183 ff.; Merkel, Enzykl., S. 61.

[169]) Stenogr. Ber. des Abg. Hauses 1860, Anlage, Bd. 5, S. 1069—1080; Verhdlg. Bd. 2, S. 1200—1202.

[170]) Triepel, Konviktorienbeitrag, S. 539 f.; Kaufmann, WStVR. III, 713 f.; eine Ablehnung der gemischten Rechtsverhältnisse bei Bluntschli, allgem. Staatsrecht, 5. Aufl., S. 4; Laband, I, 490; Halbey, S. 136; O. Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 40; Fleiner, S. 51.

III. Hauptteil. Die Stellungnahme des Reichsgerichts.

I. Formelle oder materielle Theorie.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu den in der vorliegenden Arbeit behandelten Fragen muß um deswillen in einem besonderen Kapitel erörtert werden, weil die Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht einheitlich gewesen ist. Die Gegensätze, die im Schrifttum so zahlreich sind, haben sich auch in der Rechtsprechung lange Zeit widergespiegelt. Gerade in der Frage der Interpretation des § 13 GVG zeigen sich beachtenswerte Unterschiede zwischen den Auffassungen der verschiedenen Senate.

Schon in der grundlegenden Frage, ob der § 13 GVG nach der formellen oder der materiellen Theorie interpretiert werden soll, besteht keine einheitliche Meinung. Es überwiegt allerdings — auch in der älteren Rechtsprechung — durchaus die Meinung, daß bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG Privatrechtsstreitigkeiten[171]) seien, daß sonach für öffentlich-rechtliche Ansprüche der ordentliche Rechtsweg grundsätzlich verschlossen sei[172]).

Daneben findet sich jedoch die Meinung, daß das Gerichtsverfassungsgesetz keinen eigenen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit kenne, sondern daß der Landesgesetzgeber durch positive Bestimmung darüber entscheidet, was als bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 von den ordentlichen Gerichten entschieden werden solle[173]). Gelegentlich[174]) hat das Reichsgericht sogar die Behauptung aufgestellt, der allgemeine Grundsatz, daß Privatrechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehörten, greife nur dann Platz, wenn der Landesgesetzgeber keine Bestimmungen über die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht aufgestellt habe. — In einer noch nicht sehr alten Entscheidung[175]) wird die formelle Theorie grundsätzlich anerkannt; auf den Umstand, ob die Klage sich auf materielles Zivilrecht oder öffentliches Recht stütze, soll es nur dann ankommen, wenn das Reich an dem Rechtsstreit beteiligt sei. Denn über die Zuständigkeit in Sachen des Reichs dürfe der Landesgesetzgeber keine Bestimmungen treffen. Diese Meinung ist später nicht wieder aufgegriffen worden.

---

[171]) RGZ. 22 (1888), 285 ff., 287; 41 (1898), 267 ff., 272 (Vereinigte Zivilsenate); 76, 121 f.

[172]) RGZ. 28 (1891), 11 ff., 15; 53, 423 ff., 427; 60 (1905), 348 ff.; 73 (1910), 157 ff., 160; 118 (1927), 227 ff., 229.

[173]) 19 (1887), 67 ff., 70 mit eingehender Begründung und Bezugnahme auch auf die Motive zum GVG.; 56 (1904), 350 ff., 352.

[174]) 64 (1906), 197 ff., 200.

[175]) 93 (1918), 255 ff., 258.

II. Der Begriff der Privatrechtsstreitigkeit.

1. Vermögenstheorie.

Zur Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten ist lange Zeit das Kriterium benutzt worden, ob der Streit vermögensrechtlicher Art sei oder nicht. Daß eine derartige Auffassung der alten Fiskustheorie entspringt, ist bereits gesagt worden. Die Vermögenstheorie führte zur Anerkennung gemischter Rechtsverhältnisse. Rechtsbeziehungen, die heute nach öffentlichem Recht beurteilt werden, wurden damals als aus einer öffentlich-rechtlichen und einer vermögensrechtlich-privaten Seite zusammengesetzt angesehen. So erkannte das Reichsgericht schon früh an, daß der Beamte zum Staat nicht in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stünde, sondern in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treupflicht tätig werde[176]). Der Anspruch des Beamten auf sein Gehalt dagegen wurde lange Zeit für privatrechtlich und demzufolge der Rechtsprechungsgewalt der ordentlichen Gerichte unterworfen betrachtet, weil er einen Vermögenswert darstellt[177]). Später hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß auch der Gehaltsanspruch des Beamten öffentlich-rechtlicher Art sei[178]), der nur deshalb im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar sei, weil ausdrückliche Bestimmungen dies vorschrieben[179]). In der Beurteilung anderer Rechtsgebilde als des Beamtenverhältnisses hat sich die Vermögenstheorie länger gehalten. So wurden vielfach Streitigkeiten, an denen auf beiden Seiten Hoheitspersonen in dieser ihrer spezifischen Eigenschaft beteiligt waren[180]), und andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten[181]) wegen ihrer vermögensrechtlichen Natur dem ordentlichen Rechtsweg zugänglich gemacht. Aus der Gleichsetzung des Vermögensrechtes mit dem Privatrecht erwuchs sogar die Auffassung, daß die vermögensrechtlichen Streitigkeiten, über die die Verwaltungsgerichte entscheiden, aus Zweckmäßigkeitsgründen entgegen der Regel des § 13 auf Grund des in dieser Bestimmung enthaltenen Vorbehalts zugewiesen seien[182]). Eine allgemeine Ablehnung der Vermögenstheorie findet sich — und das ist für das Schwanken der Rechtsprechung charakteristisch — schon in einer Entscheidung aus dem Jahre

---

[176]) 28, 85 ff.

[177]) Zuletzt wohl 37, 160 f.

[178]) 37 (1896), 241 ff. 243; 38 (1896), 317 ff., 320; 42, 121 ff., 125; 45, 242 ff., 244; 68, 213 ff., 218; 89 (1914), 104 ff., 106; 92 (1918); 178 f.; 95 (1919), 144 ff., 146; 107, 189 ff.; 108, 117 ff.

[179]) 53, 423 ff., 429.

[180]) 56 (1904), 350 ff., 353.

[181]) 51 (1902), 219 ff., 221.
75 (1910), 40 ff., 41.

[182]) 22 (1888), 285 ff., 288.
70 (1908), 77 ff., 81.

1906[183]), während noch eine Entscheidung aus dem Jahre 1916 auf der Vermögenstheorie aufbaut[184]).

2. *Titeltheorie.*

Neben der Vermögenstheorie hat die Auffassung, daß gewisse Rechtstitel[185]) nur im Zivilrecht vorkämen, Rechtsverhältnisse, die auf derartigen Titeln beruhen, sonach bürgerlich-rechtlicher Art seien, lange Zeit eine große Rolle gespielt[186]). Man kann sonach nicht sagen, daß das Reichsgericht während einer bestimmten Zeit ausschließlich die eine und in anderen Jahren ausschließlich eine andere Theorie befolgt hätte. Selbst in einzelnen Entscheidungen werden die verschiedenen Gesichtspunkte nebeneinander verwandt. So wird in RGZ. 22 (1888), 285 ff., 289 und 76, 121 f. die Frage, ob eine privatrechtliche Streitigkeit gegeben sei, unter dem Gesichtspunkt der Titeltheorie, der Interessentheorie und der Mehrwerttheorie untersucht. Auch die Titeltheorie hat zu der Anerkennung gemischter Rechtsverhältnisse[187]) geführt in Fällen, wo man heute rein öffentlich-rechtliche Beziehungen als vorliegend erachtet. Das Reichsgericht hat z. B. einmal festgestellt, die Hinterlegung einer Karte auf einer Gerichtsschreiberei nach richterlicher Anordnung erzeuge sowohl privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Beziehungen[188]). Auch ein Vergleich über öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten läßt nach Auffassung des Reichsgerichts einen privatrechtlichen Anspruch entstehen, der im Rechtswege verfolgbar ist. So sagt das Reichsgericht in 67 (1907), 291 ff., 293: der privatrechtlichen „Eigenschaft des Streites steht auch der Umstand nicht entgegen, daß die den Gegenstand des Vertrages bildenden Leistungen, nämlich die Zustimmung zur Erteilung der Bauerlaubnis einerseits und die Entrichtung von Anliegerbeiträgen andererseits öffentlich-rechtlicher Art sind. Es kann den Beteiligten nicht verwehrt werden, durch gegenseitige Einwilligung für solche dem öffentlichen Recht angehörigen Verpflichtungen neben dem etwa schon bestehenden, im öffentlichen Recht wurzelnden Verpflichtungsgrund noch eine besondere privatrechtliche Grundlage zu schaffen . . . Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

---

[183]) 64 (1906), 198: „Daß ein Rechtssatz vermögensrechtliche Folgen hat, ist für seine Einordnung in das öffentl. oder bürgerl. Recht ohne Bedeutung". In bezug auf die Beamtenverhältnisse wird die Vermögenstheorie schon in 38, 320; 53, 429 abgelehnt; vgl. auch 99 (1920), 41 ff., 45.

[184]) 88 (1916), 417 ff., 421.

[185]) Wie Vertrag, Vergleich, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung.

[186]) 27 (1890), 176 ff., 178; 41 (1898), 267 ff., 272 VZS.; 67 (1907), 291 ff., 293; 70 (1909), 395 ff., 397; 76, 121 ff.; 77 (1911), 297 ff., 299/301.

[187]) 75 (1911), 276 ff., 281.

[188]) 51 (1902), 219 ff., 221.

im Sinne des § 13 GVG. sind keineswegs nur solche Rechtsstreitigkeiten, die ausschließlich die Anwendung privatrechtlicher Normen betreffen; sie sind vielmehr bei privatrechtlicher Grundlage des erhobenen Anspruchs stets als vorhanden anzusehen, mag es auch zur Entscheidung des Streits erforderlich sein", über öffentlich-rechtliche Rechtsfragen zu befinden. Eine privatrechtliche Grundlage des Streits sah das Reichsgericht stets dann als gegeben an, wenn ein Vergleich abgeschlossen war: „Der Vergleich ist zur Beilegung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten geschlossen worden. Eine derartige Vereinbarung gehört, wenn sie überhaupt Bedeutung haben soll, dem Privatrecht an"[189]).

Entscheidend scheint für das Reichsgericht weniger das Streben nach konsequenter Durchführung bestimmter Theorien gewesen zu sein als der Wunsch, auch in gewissen öffentlichen Rechtsstreitigkeiten der Bürger bei den ordentlichen Gerichten Rechtsschutz zu gewähren, wenn eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nicht begründet war. Der Kreis der in diesem Sinne rechtsschutzbedürftigen Sachen ist verschieden umgrenzt worden. Noch 1910[190]) ist unter dem Gesichtspunkt der Vermögenstheorie für eine Klage gegen den Staat aus ungerechtfertigter Bereicherung mit der die Rückerstattung angeblich zu Unrecht gezahlter Steuern verlangt wurde, der Rechtsweg für zulässig erklärt worden. Im allgemeinen hat das Reichsgericht aber Klagen als unzulässig abgewiesen, mit denen eine angeblich zu Unrecht erhobene öffentliche Abgabe unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt wurde[191]). Es ist sich aber nicht bewußt geworden, daß diese Rechtsprechung eigentlich in Widerspruch stand zu der lange Zeit von ihm vertretenen Titeltheorie. Denn nach dieser müßte auch die Kondiktion als ein Rechtstitel betrachtet werden, „der nur im Privatrecht Sinn hat". Für Ansprüche, die aus der ungerechtfertigten Bereicherung hergeleitet werden, hätte sonach eigentlich der Rechtsweg eröffnet werden müssen. Die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges für eine Klage auf Rückerstattung von Abgaben ist vom Reichsgericht meist mit rechtspolitischen Erwägungen verneint worden. So wird in Bd. 60 (1905), 348 ff., 353 gesagt: die Frage der Abgabenpflicht könne auch nicht dadurch im Rechtswege zur Erscheinung gebracht werden, daß der Veranlagte zahlt und alsdann gegen den Fiskus auf Rückzahlung der entrichteten Abgabe klagt, „indem er dies Begehren in das privatrechtliche Gewand der condictio indebiti oder der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung kleidet. Denn in beiden

[189]) RG. 77 (1911), 297 ff.; 79 (1912), 197 ff., 200.
[190]) 75, 40 f.
[191]) 70, 398 mit weiteren Angaben über die Rechtsprechung; 76, 121 ff., 123.

Fällen handelt es sich um ein und dieselbe Rechtsfrage; der Unterschied besteht lediglich in der für die Entscheidung völlig belanglosen Tatsache, daß in dem einen Fall die Abgabe schon errichtet ist, in dem anderen noch nicht."

3. *Interessentheorie" und „Mehrwerttheorie".*

Während die Vermögenstheorie und die Titeltheorie ihre eigentliche Ausprägung erst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts erfahren, in der Literatur aber wenig Vertreter gefunden haben, ist die Interessentheorie und die Mehrwerttheorie erst dann vom Reichsgericht übernommen worden, als sie im Schrifttum entwickelt worden war. Die Interessentheorie hat insbesondere in der älteren Rechtsprechung zur Charakterisierung von Rechtsstreitigkeiten gedient[192]). Die Subjektionstheorie ist die Auffassung, die heute die Rechtsprechung des Reichsgerichts absolut beherrscht[193]). Neben ihr werden andere Unterscheidungsmerkmale zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht mehr anerkannt. Sonach hält das Reichsgericht den Rechtsweg für solche Klagen für unzulässig, die nach öffentlichem Recht zu beurteilen sind, die also auf einem Rechtsverhältnis aufbauen, an welchem eine Hoheitsperson in dieser ihrer spezifischen Eigenschaft beteiligt ist.

III. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne.

Nach der Subjektionstheorie sind viele Rechtsstreitigkeiten, die das Reichsgericht früher dem Privatrecht zuordnete und demnach dem Rechtsweg zugänglich machte, dem öffentlichen Rechte zuzuzählen. Das Reichsgericht sah sich sonach nach der Anerkennung der Subjektionstheorie vor die Frage gestellt, ob es weiter für bestimmte Angelegenheiten den Rechtsweg offen halten sollte oder ob es einen Wandel in seiner Rechtsprechung eintreten lassen und die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs in bezug auf diese Streitigkeiten verneinen wollte. Es hat sich für die erste Alternative entschieden. Das Reichsgericht rechtfertigt die Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte in jenen Angelegenheiten mit der Konstruktion eines besonderen Begriffs der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne. Danach muß heute noch der Rechtsweg für alle Rechtsstreitigkeiten offen gehalten werden, die zur Zeit der Schaffung des GVG. in der Judikatur als bürgerlich-rechtlich anerkannt wurden. Trotz ihres materiellen öffentlich-rechtlichen Charakters müßten diese Rechtsstreitigkeiten als „bürgerliche" im Sinne des § 13 GVG. angesehen werden. Es muß bemerkt werden,

---

[192]) 21 (1888), 100 f.; 22 (1888), 285 ff.; 64 (1906), 197 ff.; 76, 121 f.

[193]) RGZ. 70 (1909), 395 ff., 398; 73 (1910), 157 ff., 159; 76, 121 ff., 124; 99 (1920), 41 ff., 44; 107, 405.

daß sich das Reichsgericht mit der Aufstellung dieser Theorie nicht der alten formellen Lehre angeschlossen hat. Diese leugnete jedes allgemeine reichsrechtliche Zuordnungsprinzip und überließ es der Spezialgesetzgebung, zu bestimmen, was eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 sei. Das Reichsgericht folgt der materiellen Theorie insoweit, als es im § 13 ein reichsrechtliches Prinzip des Inhalts anerkennt: Privatrechtsstreitigkeiten gehören vor die ordentlichen Gerichte. Daneben statuiert es einen zweiten Rechtssatz, den man am besten als ein durch die Rechtsprechung gebildetes Gewohnheitsrecht begreift, wonach für alle Streitigkeiten, die zur Zeit der Schaffung des GVG. als privatrechtlich angesehen wurden, weiterhin der Rechtsweg offen stehen soll[194]). Man[195]) kann diese Angelegenheiten auch „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Ueberlieferung" nennen. In Anwendung des erwähnten gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes hat das Reichsgericht die sogenannten Zustimmungsverträge nach § 6 des preußischen Kleinbahngesetzes, durch die der auf Grund öffentlichen Rechts zur Wegeunterhaltung Verpflichtete seine Zustimmung zur Erstellung einer Anlage gibt, die einem Sondernutzungsrecht am öffentlichen Wege entspricht, trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Art[196]) um deswillen den ordentlichen Gerichten zugänglich gemacht[197]), weil sie in der älteren Rechtssprechung als privatrechtliche Mietsverträge betrachtet worden sind[198]). Aehnliche Entscheidungen sind ergangen in Anbetracht der Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen zu kirchlichen Zwecken [199]) und auf Rückerstattung einer als Sicherheit hinterlegten Geldsumme[200]). Bedenken gegen die Theorie des Reichsgerichts hat K. Herrmann[201]) erhoben. Dadurch, daß das Reichsgericht eine „irrtümliche und veraltete" Auffassung über das Wesen des öffentlichen Rechts zur Interpretation des § 13 verwende, werde „der wissenschaftlichen Fortbildung der Gesetzesauslegung ein für allemal der Lebensfaden abgeschnitten". Das ist falsch. Das Reichsgericht hat ja gerade die Theorie von den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne deswegen aufgestellt, weil es sich den Erkenntnissen der neueren Theorie vom öffentlichen Recht nicht länger verschließen wollte und trotzdem dem von ihm als berechtigt anerkannten Rechtsschutzbedürfnis des Bür-

---

[194]) Im Ergebnis wie das RG.; K. Mayer in Württb. Z. 7, 7; Schätzel, S. 298.

[195]) Lassar, S. 1 ff.

[196]) Schon RGZ. 68, 370

[197]) RGZ. 92, 310 ff.; 93, 78 ff.; 106, 177 ff.

[198]) RGZ. 40, 285.

[199]) RGZ. 111 (1926), 241 f.

[200]) RGZ. 112 (1926), 221 ff.

[201]) Grundlegung, S. 33; ferner O. Schmidt, WürttZ. (FG.) 71 (1929), 276; Preuß. Kompet. Konfl. Gerichtshof v. 20. 3. 1926 in JW. 55, 2493.

gers entsprechen wollte. Würde man nämlich für die in Betracht kommenden Rechtsstreitigkeiten wegen ihres öffentlich-rechtlichen Charakters den ordentlichen Rechtsweg verschließen, so bliebe den Beteiligten im Regelfalle nur die Möglichkeit, eine Verwaltungsbehörde anzugehen. Daß es dort um den Rechtsschutz des Bürgers wesentlich schlechter bestellt ist als bei den ordentlichen Gerichten, liegt auf der Hand. Die Theorie von den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im historischen Sinne rechtfertigt sich auch auf Grund der Erwägung, daß für gewisse Rechtsstreitigkeiten nur deswegen nicht durch ausdrückliche Bestimmung der Rechtsweg eröffnet oder die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet worden ist, weil man sie für privatrechtlich erachtete und demzufolge annahm, der ordentliche Rechtsweg stehe ohnehin für sie offen. Würde man jetzt für diese Angelegenheiten auf Grund der veränderten Auffassungen über das Wesen des öffentlichen Rechts den Rechtsweg verschließen, so würde man damit den zwar nicht durch gesetzliche Bestimmungen erklärten, aber doch erkennbar gewordenen Willen des Gesetzgebers durchkreuzen.

Lebenslauf

Am 9. Mai 1911 wurde ich in Berlin-Karlshorst als Sohn des Studienrats Dr. phil. Otto Mathuse und seiner Frau Erna, geb. Roeber, geboren. Mein Vater starb am 19. Oktober 1914 an den Folgen seiner an der Westfront erlittenen Verwundungen. Ich besuchte zunächst das Jahn-Realgymnasium in Berlin-Rummelsburg, später die Kantschule (Realgymnasium) in Berlin-Karlshorst, die ich im Frühjahr 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Vom Sommersemester 1929 bis zum Wintersemester 1932 bis 1933 studierte ich mit Unterstützung der Studienstiftung des Deutschen Volkes an den Universitäten Freiburg i. Br., Berlin und Kiel Rechtswissenschaft. Am 2. März 1933 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Kiel die erste juristische Prüfung. Seit dem 9. Mai 1933 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und bin zur Zeit bei dem Amtsgericht Neuwarp in Pommern beschäftigt. Am 19. Juli 1933 habe ich die mündliche Doktorprüfung in Freiburg i. Br. bestanden.

Die Anregung zu dieser Arbeit, die in der Hauptsache im Jahre 1932 geschrieben wurde, ging von Herrn Prof. Dr. Kern in Freiburg aus, bei dem ich drei Semester als Privatassistent gearbeitet habe. Neben den anderen Dozenten, die meine Ausbildung gefördert haben, danke ich Herrn Prof. Kern ganz besonders für die mannigfache Unterstützung und Anregung, die er mir gewährt hat.

Altwarp in Pommern, im Juli 1933.

Hans Christian Mathuse.